

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

EN MATIÈRE DE TESTAMENT AUTHENTIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 6 novembre 1911, à 8 h. 1/2

PAR

René GILLES

Président : M. BEAUREGARD, professeur

Suffragants { *MM. CHENON, professeur*
MEYNIAL, professeur

PARIS

JOUBE & C^{ie}, Editeurs

15, rue Racine, 15

1911

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

EN MATIÈRE DE TESTAMENT AUTHENTIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 6 novembre 1911, à 8 h. 1/2

PAR

René GILLES

Président : M. BEAUREGARD, professeur

Suffragants { *MM. CHENON, professeur*
MEYNIAL, professeur



PARIS

JOUBE & C^{ie}, Editeurs

15, rue Racine, 15

1911



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE

EN MATIÈRE DE TESTAMENT AUTHENTIQUE

I. — *Idee générale de la responsabilité notariale*

Nous ne pouvons recourir ni au droit romain, ni à notre ancien droit pour apprécier l'étendue et la nature de la responsabilité notariale ; en effet, à Rome, il n'existait pas de notaires au sens actuel, et dans notre ancien droit, aucun texte n'a posé le principe de la responsabilité, si ce n'est la déclaration du 29 septembre 1722 relative au défaut de contrôle des actes notariés et disant :

Que les notaires demeureraient responsables des dommages et intérêts que les parties pourraient souffrir pour la nullité desdits actes.

Le notaire n'était responsable de la nullité de son acte ou de son impéritie qu'au cas de dol ou de fautes lourdes assimilées au dol :

Un notaire, dit Ferrière (*parfait notaire*, liv. I^{er}, chap. XVII), est toujours tenu des dommages et intérêts qu'il a causés à un

des contractants lorsqu'il y a dol de sa part ou une lourde faute, parce que la lourde faute est comparée au dol (1).

La loi du 6 octobre 1791, titre I, section II, article 6, enjoignait aux notaires de déposer dans les caisses des recettes un fonds de *responsabilité* en deniers, à titre de garantie des faits de leurs fonctions.

Actuellement, les textes relatifs à la responsabilité notariale sont : la loi du 25 ventôse an XI et le Code civil qui ont posé les principes de cette responsabilité :

1^o La loi de ventôse contient deux articles relatifs à la responsabilité notariale, l'article 33 obligeant les notaires au dépôt d'un cautionnement garantissant les condamnations prononcées contre eux par suite de l'exercice de leurs fonctions (2).

Et l'article 68 ainsi conçu :

Tout acte fait en contravention des articles 6, 8, 9, 14, 30, 52, est nul s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties, et lorsque l'acte sera revêtu de la signature de toutes les parties contractantes, il ne vaudra que comme écrit sous signatures privées sauf, dans les deux cas, *s'il y a lieu*, les dommages et intérêts contre le notaire contrevenant.

Voici donc posé le principe d'une responsabilité :

1. Même sens : Furgole, *Des Testam.*, t. IV, ch. XII. — Louet, lett. N, somme 9. — Henrys, t. I, liv. II, ch. IV, quest. 27. — Rousseaud de la Combe, Lapeyrère, Denisart, Jousse, *Just. Civ.*, t. II, p. 404.

2. Loi du 25 ventôse an XI, art. 33.

Quelque rigoureuse que puisse paraître la responsabilité des notaires, disait Favart, rapporteur de la loi, l'intérêt de la société l'exigeait, il fallait donner aux citoyens cette garantie contre l'ignorance ou l'infidélité des notaires; ils n'ont qu'à se bien pénétrer des connaissances et des devoirs de leur état et, alors, ils feront tout ce que la loi leur a prescrit, soit pour le fonds, soit pour la forme de leurs actes... et il ajoutait :... les parties qui se trouveront frustrées de leurs droits par l'effet d'une omission, d'une erreur ou d'une faute qui n'est pas de leur fait... ont en outre leur recours contre le notaire en défaut et peuvent obtenir contre lui tous les dommages-intérêts que leur position et les circonstances exigeront (4).

2° La loi de ventôse est antérieure à la promulgation du Code civil et par conséquent aux articles 1382 et 1383 qui règlent la responsabilité du droit commun.

L'article 1382 porte :

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

1. Et encore, fait remarquer Paul Pont, *De la Responsabilité des notaires* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1885, p. 54 et suiv.) l'article 68 n'avait parlé de dommages-intérêts dans aucune des rédactions successives dont il avait été l'objet; jusqu'à la communication qui fut faite du projet au Tribunat, on s'en était tenu à déclarer, qu'à défaut de formalités déterminées, l'acte reçu par le notaire serait nul ou réduit à la condition d'un simple acte sous-seing privé. Ce fut le Tribunat qui proposa de terminer l'article par une disposition additionnelle dont l'utilité était, disait-il, évidente, et la disposition proposée était ainsi conçue : « Sauf dans tous les cas les dommages et intérêts contre le notaire contrevenant ». La proposition se trouva modifiée dans la rédaction arrêtée par le Conseil d'État qui est devenue la rédaction définitive.

Et l'article 1383 ajoute :

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Donc deux textes en présence :

L'un spécial au notariat, rendant le notaire responsable *s'il y a lieu*;

L'autre général, rendant le notaire responsable *dans tous les cas* où il y a fraude, négligence, imprudence.

Ces dispositions du Code civil consacrant la responsabilité de droit commun sont-elles applicables à la responsabilité notariale ? Ou bien, en cette question, la loi de ventôse doit-elle être seule appliquée ? Ou bien les principes généraux consacrés par le Code civil doivent-ils être substitués ou combinés avec ceux plus restreints et tout professionnels de la loi du 25 ventôse an XI ?

Les auteurs ont émis à ce sujet les opinions les plus diverses et les plus contradictoires, la jurisprudence n'a cessé de varier et l'accord n'a pu se faire entre la jurisprudence et les auteurs.

Nous allons voir rapidement les diverses opinions émises à ce sujet.

A. — DOCTRINE

I. — *Les articles 1382 et 1383 sont inapplicables.*

Première opinion. — S'en tenir à la responsabilité de la loi de ventôse et écarter celle résultant des articles 1382 et 1383 du Code civil :

La question ne saurait être douteuse, dit M. Charles Verge dans son *Traité de la responsabilité des notaires*, n^o 3 et suivants, car la loi spéciale déroge dans tous les cas à la loi générale.

On ne peut raisonnablement faire une application directe et absolue des articles 1382 et 1383 du Code civil à la responsabilité des notaires. Ces articles, en effet, ont une extension et un vague qui ne sauraient convenir à un objet spécial et de droit étroit ; ils ne peuvent s'appliquer qu'aux dommages purement matériels et non à ceux résultant des travaux qui sont du ressort de l'intelligence. Le principe qu'ils proclament, peut bien être le même que celui qui domine en partie la responsabilité des officiers publics, mais les conséquences ne sont pas identiques et ce n'est pas lorsque cette matière, vis-à-vis des notaires, est régie par des lois tout à fait spéciales, qu'il faut recourir à des dispositions générales qui lui sont tout à fait étrangères.

In toto jure generi per speciem derogatur et illud potis-

simum habetur quod ad speciem directum est (L. 80. D. *de reg. Jur.*)

Ainsi, tandis que les articles 1382 et 1383 n'admettent aucune exception, la loi spéciale en admet au contraire d'une manière formelle, et, même dans le cas le plus fréquent de l'action en dommages-intérêts, celui qui résulte de la nullité des actes.

L'article 68 de la loi de ventôse n'autorise en effet les tribunaux à prononcer dans ce cas de dommages-intérêts *que s'il y a lieu*.

Donc, dans chaque genre d'affaire, il faut consulter la loi qui lui est propre, et ne pas, pour employer l'expression d'Aguesseau, « dépayser » les principes (1).

Il y a une loi spéciale au notariat, cette loi n'a pas été abrogée par le Code civil, on doit l'appliquer.

A côté de cet argument, les partisans de cette doctrine se fondent encore sur ceci : que la responsabilité a un caractère pénal et comme telle doit être limitée aux cas énumérés par la loi spéciale (2).

Mais cet argument a été détruit par Éloy et Demolombe.

1. D'Aguesseau, *Œuvres*, t. VIII, p. 483. Paris, 1774,

2. Cet argument a été combattu par Éloy. *De la Responsabilité civile des notaires*, t. I^{er}, p. 18 : « Oui, dit-il, le grand principe de la responsabilité du dommage existe même en dehors des cas prévus et régis par la loi de ventôse, mais avec cette juste restriction qu'il ne sera appliqué que s'il y a lieu, c'est-à-dire si les circonstances de la cause sont telles que les juges doivent déclarer les notaires responsables. Prenons de suite quelques exemples : l'article 11 de la loi de ventôse impose aux notaires l'obligation de se faire attester l'individualité des parties contractantes ; or, cet article ne parle pas de la responsabilité en cas d'omission ou de faute du notaire ; d'autre part,

Partant de ces principes, les différents auteurs qui ont défendu cette doctrine (1) déclarent en général que non seulement les notaires ne sont point responsables dans tous les cas, mais que l'existence et la constatation du préjudice ne doivent pas nécessairement entraîner la réparation ; et encore que les notaires ne sont responsables que dans le cas de dol ou de fautes lourdes que les lois assimilent au dol.

Cette doctrine, d'une part, trop favorable au notariat, puisque disant :

Qu'il y a de la faute de ceux qui passent des actes devant un notaire qui ne sait pas sa profession et qu'on doit, au moins, quand on n'est pas le maître de faire autrement, se faire aider des conseils de gens habiles qui veillent à nos intérêts et, prennent garde si un acte est revêtu de toutes ses formes (Ferrerière) ;

l'article 68 ne se réfère pas à cette hypothèse ; est-ce à dire que ce principe de la responsabilité devra être écarté ? Personne n'a osé le soutenir. » — Même sens : Demolombe, *Droit civ.*, t. XXI, p. 456.

1. Vergé, *Traité de la responsabilité des notaires*, n° 3. — Pagès, *De la Responsabilité des notaires*, p. 9 et 17. — Paul Pont, *De la Respons. not.* (*Revue du not.*, n° 133, t. II, p. 558). — Bastiné, *Cours de not.* — Bruxelles, 1870, n° 327. — Defrenois, *Traité pratique et formulaire de not.*, n° 8125, p. 516. — Avignon, *Des Origines du not. et de la resp. civ. des not. envers leurs clients*, p. 50. — Merlin, *Rép. V° Not.*, § 7, 11, p. 613-614. — Pagès, *Dict. du not. V° Resp. des not.* — Augan, *Cours de not.*, t. I, p. 122-123. — Massé, *Parfait not.*, p. 53. — Solon, *Théorie sur la nullité des actes*, t. II, p. 207. — Sourdot, *Resp. civ.*, n° 676. — Rolland de Villargues.

En ce sens : Rouen, 7 janvier 1809. — Riom, 10 janvier 1810. — Douai, 29 mai 1810. — Grenoble, 16 août 1810. — Nîmes, 14 février 1813. — Colmar, 16 mars 1813. — Lyon, 1^{er} janvier 1832. — Metz, 18 juin 1863. — Périgueux, 31 mai 1877.

et d'autre part, condamnée par la Cour de Cassation décidant que les notaires ne peuvent se soustraire aux obligations qui leur sont imposées sans engager leur responsabilité, et que si les infractions dont ils se rendent coupables deviennent l'occasion d'un dommage pour les parties contractantes, sa réparation doit se régler d'après les principes du droit commun consacré par les articles 1382 et 1383 du Code civil, Cass., 1^{er} juin 1840. S. 40. 1. 485, cette doctrine, disons-nous, est aujourd'hui complètement abandonnée.

Deuxième opinion. — M. Laurent (1) fait intervenir dans les rapports des parties et du notaire l'idée de contrat : il y a, dit-il, entre le notaire rédacteur et les parties une convention, un concours de consentement, proposition faite par les parties, acceptation par le notaire : donc contrat.

Peu importe la nature du contrat, mandat ou louage, dès qu'il y a convention entre le client et le notaire, les articles 1382 et 1383 du Code civil ne sont pas applicables, les *quasi-délits se formant involontairement* aux termes de l'article 1370 du Code civil, et, le notaire serait tenu de sa faute légère *in abstracto*, en vertu de l'article 1137 du Code civil : l'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'uti-

1. Laurent, *Droit civil*. — Même sens : Saintelette, *De la Resp. et de la garantie*.

lité d'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé, à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Et l'expression *s'il y a lieu* de la loi de ventôse signifie, pour M. Laurent, que les dommages et intérêts ne sont dus que dans les termes du droit commun, aboutissant ici à la faute contractuelle.

Cette doctrine a été combattue par M. Lefebvre (1) qui lui reproche de ne pouvoir expliquer le cas où le notaire est poursuivi en garantie par un légataire évincé par nullité du testament l'instituant.

Toute idée de contrat est donc impossible entre eux.

Troisième opinion. — D'autres auteurs soutiennent que cette responsabilité est double :

Contractuelle : Louage de services et application de l'article 1137 du Code civil, lorsque le notaire est actionné par la partie à l'acte ;

Quasi-contractuelle : dans le cas où il est poursuivi par une personne non partie à l'acte.

Les obligations du notaire ont leur source dans un fait personnel ; or, d'après l'article 1370 du Code civil, les engagements nés d'un fait personnel à qui est obligé, résultent de délits ou quasi-délits ou quasi-contrats ; c'est-à-dire que les quasi-délits et délits étant des faits contraires à la loi,

1. Lefebvre, *Journal du notariat*, 29 septembre 1877. — Même sens : Stevenart, *Principes de la resp. civ. des not.* Bruxelles, 1890. — Micha, *De la Resp. civ. des not.* Bruxelles, 1883.

les obligations auxquelles le notaire est soumis ont leur source nécessaire dans un quasi-contrat (1).

Responsable de par l'article 1374 du Code civil, le notaire le serait de sa *culpa levis in abstracto*.

La même opinion a été soutenue par M. Tanazacq (2). La fonction du notaire étant une fonction sollicitée, le notaire est toujours en état d'offres de par sa nomination et toute exécution non conforme à l'offre engage sa responsabilité.

Quatrième opinion. — Essayant de justifier la théorie de M. Laurent en détruisant l'argument de M. Lefebvre, M. Brissaud (3) prétend qu'en ce cas le notaire gère les affaires du légataire et doit être au besoin tenu envers lui par un quasi-contrat.

La conception du légataire au décès du testateur suffisant pour la validité du legs (art. 906 du Code civil) (4).

Le notaire ne peut pas, lors de la confection d'un testament instituant un enfant à naître d'un mariage, être son *negotiorum gestor*... d'autant plus que le légataire peut ne jamais exister.

Cinquième opinion. — Les articles 1137 et 1138 du Code civil ne peuvent pas s'appliquer à la responsabilité nota-

1. En ce sens : Edmond, *De la Resp. civ. des not.* Paris, 1892.

2. Tanazacq, thèse de Paris, 1900.

3. *Recueil de l'Académie de Toulouse.*, XLIII, p. 218, 1894-1895.

4. C. civ., 906.

riale, parce qu'ils ne visent que les faits quelconques de l'homme en général, or les notaires agissant du chef de leurs fonctions publiques « accomplissent non des faits personnels, mais des faits publics » dans lesquels disparaît leur responsabilité. Et M. Stevenart (1), défenseur de cette opinion, ajoute qu'il faut écarter 1382 qui s'occupe de faits quelconques en général, et 1137 qui s'occupe de faits personnels, en particulier : « Les obligations du notaire dérivant seules de la loi, c'est involontairement qu'un notaire engage sa responsabilité lorsqu'il exerce ses fonctions, tout comme celui qui achète un mur mitoyen... » Les notaires ne retirant aucun bénéfice de leurs actes, ne sont responsables que des fautes que ne commettraient pas un notaire de valeur moyenne. Théorie qui aboutirait à écarter toute responsabilité notariale relativement aux actes de la fonction des notaires.

II. — *L'article 68 de la loi de ventôse n'est pas applicable.*

Première opinion. — On a soutenu contrairement aux théories exposées ci-dessus, que les dispositions du Code civil étaient seules applicables à la matière dont nous nous occupons.

La loi de ventôse, dit-on, antérieure au Code civil, a été

1. Stevenart, *Principe De la Responsabilité civile des notaires*, p. 25 à 61 rapportée par M. Vincent, de la responsabilité notariale en matière de testament.

abrogée par celui-ci dont les dispositions seules doivent être appliquées; *posteriora prioribus... derogant*.

Combattue par Demolombe (1), cette théorie a été condamnée par la jurisprudence par un arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1837 (2) :

Attendu qu'il résulte de l'article 68 de la loi de ventôse an XI, que les notaires *ne sont pas de plein droit et d'une façon absolue* responsables des nullités ayant pour cause les omissions ou irrégularités qu'ils commettent lors de la rédaction de leurs actes, que cet article en effet ne les assujettit à des dommages et intérêts que *s'il y a lieu*, d'où il suit que la déclaration de la nullité d'un acte n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du notaire qui a fait cette nullité; que, en cette matière, les dommages et intérêts et leur quotité dépendent de la nature et de la gravité de l'omission ou de l'irrégularité reprochée au notaire et sont subordonnées à l'appréciation équitable des tribunaux, *que les articles 1382 et 1383 n'ont pas abrogé le droit spécial relatif au notariat et n'obligent pas les juges à rendre les notaires responsables dans tous les cas de la nullité de leurs actes...*

Une loi générale n'abroge pas en principe une loi spéciale implicitement; et admettre que le Code civil ait abrogé la loi de ventôse, ce serait rendre, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, les notaires responsables dans tous les cas de toutes fautes, même les plus légères; or, fait remarquer avec justesse M. Vincent (*op. cit.*):

1. Demolombe, *G. N.*, t. XXI, p. 455.

2. Dalloz, 37. I. 465. *J. G.*

Cette conclusion est opposée au texte spécial très formel en sens contraire ; tandis que d'après les termes des articles 1382 et 1383 du Code civil, la responsabilité est absolue, et dès qu'un préjudice est causé il est dû réparation (1).

Deuxième opinion. — Les mots *s'il y a lieu* de la loi de ventôse, dit-on dans une autre opinion, sont sans importance :

Si le législateur, dit M^r Brissaud, avait eu la pensée d'écarter l'application de l'article 1382 du Code civil, il ne se serait pas contenté de cette incidente équivoque ; un procédé aussi sommaire et aussi peu sûr est sans exemple. Et il serait d'autant plus singulier qu'on l'eût employé ici, que l'article 68 de la loi de ventôse ne donne pas une énumération complète de tous les cas de nullité des actes notariés. Quand on est en dehors de cette énumération, il n'y aurait pas de dérogation à l'article 1382, le notaire serait responsable d'une simple imprudence. Pourquoi donc ? On ne le voit pas. Il n'y a aucun motif de le traiter plus rigoureusement en pareil cas.

Ainsi, de bonne ou de mauvaise foi, le notaire serait responsable de toutes ses fautes, même les plus légères, d'une simple inattention, de la plus petite omission, et cela parce que l'article 68 de la loi de ventôse n'est pas assez explicite ?

Mais, dit Louet, à moins qu'il n'y ait des circonstances

1. [Le principe de la loi de ventôse est d'ailleurs reproduit dans les articles 71, 132, 1031 du C. de proc., d'après lesquels les huissiers et les avoués ne sont responsables de leurs actes que suivant l'exigence des cas (en ce sens : Dijon 12 août 1847).

aggravantes contre les notaires, la Cour favorise ordinairement leur cause à cet égard, considérant que s'ils pouvaient être poursuivis pour dommages-intérêts, il n'y a pas de notaire à qui ce malheur ne pût arriver par inadvertance.

Quant à dire que les mots *s'il a y lieu* sont sans importance, c'est oublier que les trois premières rédactions de la loi ne les contenaient pas et qu'ils n'y ont figuré qu'à la quatrième... et pour de justes motifs.

III. — *Application simultanée de la loi de ventôse et du Code civil.*

Première opinion. — La loi de ventôse a prévu des cas de responsabilité sans les prévoir tous : dans les cas qu'elle a prévus il faut appliquer son article 68, et dans ces cas, le notaire ne sera responsable que s'il y a lieu et, pour les cas qu'elle n'a pas prévus, on appliquera les articles 1382 et 1383 du Code civil et le notaire sera responsable dans tous les cas.

Soutenue par M. Édouard Clerc et sanctionnée par un arrêt de la Cour de Cassation du 1^{er} juin 1840 (1), où les circonstances des faits paraissent d'ailleurs avoir exercé une grande influence, cette théorie est abandonnée.

Deuxième opinion. — La presque unanimité de la doc-

1. S. 40. 1.495.

trine (1) et la jurisprudence (2) suivent cette théorie et adoptent la combinaison de l'article 1382 du Code civil et de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

La promulgation des articles 1382 et 1383 du Code civil, bien que postérieure à la loi de ventôse, n'a pas abrogé la loi spéciale au notariat qui reste toujours le fondement de la responsabilité notariale.

L'application de l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI tempère la rigueur des principes formulés par le Code civil; les nullités commises dans les actes notariés n'entraînent pas nécessairement la responsabilité du notaire qui les a commises, et la responsabilité du notaire ne peut

1. En ce sens : Gagneraux, *Comm. de la loi de vent.*, p. 201 et suiv. — Augan, *Cour de not.*, t. I, p. 120. — J. Bauby, *Moniteur des Tribunaux*, 1866, p. 230. — Eloy, *De la Resp. des not.*, p. 17 et suiv. — Mathieu, *De la Resp. civ. des not. en droit français*, p. 92. — Walquenart, *De la Resp. civ. des not.*, p. 98 et 99. — Foubéné, p. 53 et suiv. — Arnault, *Lectures sur le notariat français* (*Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XXVII, p. 252-253. — Vergé, *Respons. des not.*, n° 6. — Clerc, *Form. de not.* — Demolombe, t. XXXI, n° 528 et suiv., p. 454 et suiv. — Rogier, p. 3 et suiv. — Ruttgeerts et Amiaud, t. III, n° 1313, *Encyclopédie du not. Resp. not.*, n° 13 et suiv. — Micha, p. 9. — Aubry et Rau, t. IV § 446, p. 756, texte et note 8. — Bauby, Avignon, *Respons. civ. des not. à l'égard de leurs clients*. — Rolland de Villargues, *Code du notaire*.

2. Cass., 27 nov. 1837. S. 37. 1. 945, p. 37. 2. 489. — 27 mars 1839. S. 39. 1. 269, p. 39. 1. 1335. — 7 juillet 1847. S. 47. 1. 557, p. 47. 245. D. 47. 1. 268. — 19 juillet 1854. D. 55. 1. 25. — 16 août 1865. S. 65. 1. 438, p. 65. 1162. — 13 avril 1869. D. 71. 1. 147. — 5 février 1872. S. 72. 1. 386, p. 72. 1016. — 14 avril 1885 et *Rev. not.*, n° 7235. — 19 mai 1885. D. 85. 1. 345. — 16 mars 1886. *Rev. not.*, n° 7322. — 14 avril 1886. S. 86. 1. 245, p. 86. 1. 600. — Bordeaux, 17 juin 1839. S. 39. 2. 495, p. 39. 2. 577. — Dijon, 12 août 1847. D. 48. 2. 105. — Amiens, 9 avril 1856. S. 56. 2. 333, p. 56. 2. 213. — Rouen, 31 mars 1896. D. 87. 2. 228, etc.

être prononcée dans tous les cas et sans exception, dès que la moindre faute est constatée ; il n'y aura lieu à dommages et intérêts que s'il y a lieu, c'est-à-dire s'il y a dommage causé par une faute suffisamment lourde de la part du notaire. Les juges ont toute liberté pour rechercher dans chacune des hypothèses qui leur sont soumises les circonstances en faveur ou contre le notaire, ils peuvent prononcer contre eux des dommages et intérêts s'il y a lieu, c'est-à-dire, si suivant les cas, les faits, les circonstances, ils estiment que le notaire a commis une faute suffisante, s'il y a lieu, c'est-à-dire, suivant les circonstances de chaque espèce.

M. Avignon, reconnaissant que l'énumération de l'article 68 de la loi de ventôse était limitative, a proposé de l'étendre par voie d'analogie, mais seulement à toutes les contraventions pouvant entraîner la nullité de l'acte que l'officier public était chargé de recevoir.

Mais l'argument doit être généralisé à tous les cas, dès que le notaire engage sa responsabilité :

C'est, dit M. Bauby, en se plaçant à ce dernier point de vue, le seul exact semble-t-il, que l'on a pu considérer logiquement cette atténuation de la responsabilité générale, comme devant s'appliquer à toutes les infractions commises par le notaire, contre les obligations qui lui sont formellement imposées par la loi, non seulement pendant la rédaction de l'acte, mais encore avant et après la rédaction.

Il importe en effet de ne jamais perdre de vue, en commentant l'article 68 de la loi de ventôse, une distinction élémentaire,

néanmoins trop souvent méconnue, c'est que, l'énumération de ce texte n'est limitative qu'au point de vue des nullités qu'il prononce, tandis qu'elle est purement énonciative en ce qui concerne la responsabilité. A ce propos, cet article formule un principe destiné à mitiger, en faveur d'une classe déterminée de fonctionnaires, l'application rigoureuse des dispositions générales sur la responsabilité, et, la dérogation au droit commun qu'il consacre, n'en reste pas moins dans la sphère restreinte pour laquelle elle a été établie, en principe, une règle fondamentale, susceptible d'être étendue par voie d'analogie sans aucune réserve, dans le droit spécial qu'elle a pour but de réglementer. Ramené à ces termes, ce système constitue la solution la plus satisfaisante, la seule acceptable de la difficulté délicate qui vient d'être agitée ; à la condition toutefois que l'on se montre en pratique aussi exigeant qu'en théorie au sujet de la gravité de l'infraction reprochée au notaire (1).

1. Même sens Dalloz... En effet si les notaires sont en tant que citoyen et comme tous les autres citoyens soumis à la responsabilité générale des articles 1382 et 1383 du Code civil, il ne doit plus en être de même lorsqu'ils agissent en qualité d'officier public. Il serait trop dangereux d'étendre à la responsabilité spéciale à laquelle ils sont soumis par la nature de leur fonction, les règles générales et absolues du droit commun. Amenés à chaque instant du jour à intervenir dans les affaires privées, les notaires verraient sans cesse leur existence compromise s'ils devaient être déclarés responsables sans limite du préjudice que les actes faits devant eux pourraient causer à l'une ou à l'autre des parties. La loi ne peut exiger du notaire une attention sûre et soutenue, que ne comporte pas la faiblesse humaine, une connaissance approfondie de toutes les lois qui de près ou de loin doivent influencer sur ces stipulations, un jugement toujours parfait sur des questions de droit dont les plus incontestées aujourd'hui ne sont pas à l'abri d'une contestation du lendemain, enfin une rédaction toujours claire et légale, contrairement aux difficultés communes du langage et aux difficultés non moins grandes de la corrélation à établir entre les conventions et la loi... au surplus la loi de ventôse en ne rendant les notaires responsables

Maintenant que nous avons vu les principales opinions de la doctrine, voyons quelles ont été les différentes jurisprudences et quelles sont les tendances de la jurisprudence actuelle.

B. — JURISPRUDENCE

La jurisprudence a beaucoup varié après la promulgation du Code civil sur le sujet qui nous occupe, et, après une période d'extrême indulgence, ses tendances ont complètement changé au point de devenir nettement hostiles au notariat.

La solution dépendant toujours des circonstances abandonnées à l'appréciation du juge, la décision des tribunaux, dans ce cas, contient une appréciation de fait qui échappe à la Cour de cassation, ce qui explique la variété extrême de la jurisprudence sur le même point.

Après la promulgation du Code, la jurisprudence montrait une grande indulgence pour les notaires ; elle ne les déclarait responsables qu'en cas de dol, ou de lourdes fautes assimilées au dol : l'imprudence, la légèreté, la négligence étaient presque toujours excusées, à moins que

des nullités par eux commises que s'il y a lieu, a investi les tribunaux d'un pouvoir souverain d'appréciation, c'est à eux qu'il appartient de maintenir la responsabilité notariale dans de justes limites.

Ce dernier paragraphe se retrouve dans presque tous les arrêts.

Drouart, p. 70. — Rouxel, *la Crise du notariat*, p. 54, Paris, 1891. — Voir Solon, *Théorie des nullités*.

la cause de la nullité ne fût une ignorance crasse des choses qu'on devait nécessairement savoir et pratiquer dans sa profession (1).

Donc, en dehors des fautes lourdes que ne commettrait pas un notaire de moyenne valeur, pas de responsabilité (2).

La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 janvier 1812 (D. 12. 1. 206), émit la théorie du mandat légal, « le notariat étant une sorte de sacerdoce dont le notaire est le prêtre, confessant les parties et ne pouvant être un simple loueur de services ».

Paul Pont, puis Troplong, reprirent cette théorie : les notaires sont des mandataires, dit Troplong dans son ouvrage du mandat, et non des locateurs d'ouvrages, dépositaires des titres et des pensées, gardiens des plus intimes secrets, conseils des familles, etc.

Et la jurisprudence continuant dans cette voie en fit une règle générale. Elle fait du notaire le mandataire légal des parties, chargé et de donner l'authenticité à leurs conventions, et de leur faire connaître l'étendue des obligations qui en dérivent, de les éclairer sur toutes les conséquences de l'acte qu'elles passent devant lui, et ce devoir

1. Colmar, 4 juillet 1809. S. 09. 2. 403. — Rouen, Cour, 7 juin 1809.

L'on se demanda même : si l'omission de la date ou le défaut d'une mention dans un testament authentique étaient une faute suffisante pour engager la responsabilité d'un notaire (Rapport relatif au pourvoi d'un arrêt de la Cour de Grenoble, 13 juillet 1831. S. 32. 2. 299).

2. Favart de Langlade. — Bridan, *Revue du Notariat*, 407, 341, vol. XXVII, p. 407.

professionnel est d'autant plus strict que les parties sont peu lettrées et accordent une plus grande confiance au notaire.

Il convient de citer ici à cause de son importance capitale dans notre sujet le premier jugement inaugurant cette singulière théorie, rendu par le tribunal civil de première instance de Soissons le 13 mai 1857, confirmé sur appel par la Cour d'Amiens le 24 novembre 1857 et par la Cour de cassation le 3 août 1858 :

Considérant que les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner un caractère d'authenticité aux actes qu'ils rédigent, que dans son esprit et d'après ces motifs même, la loi qui les institue a entendu leur conférer un rôle plus digne et plus élevé ; qu'elle les considère comme les conseils désintéressés des parties, aussi bien que comme les rédacteurs impartiaux de leurs volontés ; comme les régulateurs des engagements qu'elles veulent contracter, chargés de faire connaître toute l'étendue des obligations qui en dérivent et de les rédiger avec clarté ; qu'ils remplissent une magistrature et donnent par leur caractère une sanction pratique à toutes les lois (Exposé des motifs de la loi du 28 ventôse an II et rapport au Tribunat sur la même loi) ; que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que les notaires ont le devoir d'éclairer les parties sur ce qui peut les intéresser, dans les actes qu'elles passent devant eux, et de leur en faire comprendre la portée et les conséquences, que dans cet ordre de devoirs se rencontrent en première ligne...

Considérant que cette obligation dérive de l'essence même de fonctions de notaire, qu'elle est indépendante du mandat plus ou

moins étendu, que les parties, ou l'une d'elles, ont pu lui conférer pour la surveillance ou la gestion de leurs intérêts; qu'elle est particulièrement étroite lorsque les contractants sont dans l'ignorance complète des affaires, et que leur confiance en l'officier public est commandée par leur sexe et leur éducation autant que par la loi même qui les oblige à s'adresser à lui; que s'il en était autrement, si ces fonctions devaient se réduire à une pratique matérielle, au rôle de rédacteur passif des conventions dont il dresse l'instrument authentique, l'esprit de la loi organique du notariat serait faussé; les formules raisonnées que l'usage a introduites pour donner aux lois, suivant l'expression du tribun Favart, leur sanction pratique, ne seraient plus que des phrases vides de sens, impuissantes à éclairer les parties sur leurs engagements, et la solennelle entremise du notaire à la réception du contrat deviendrait un piège tendu à la bonne foi des parties; d'où il suit que : si par l'inaccomplissement des devoirs professionnels ci-dessus définis, et par la rédaction vicieuse et incomplète d'un acte de son ministère, il a causé un préjudice, le notaire doit en être responsable par application du principe général contenu dans l'article 1382 du Code civil, que tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

La conséquence fut d'aggraver les responsabilités. En étendant l'application de cette jurisprudence, le notaire chargé de rédiger un acte devient par là-même mandataire salarié, et c'est à lui de prouver qu'il n'est pas mandataire, le mandat se présument et son ministère étant obligatoire ainsi que ses conseils :

Attendu qu'il est de jurisprudence que les notaires doivent

être déclarés responsables lorsqu'ils ont commis des erreurs touchant *au fond du droit*, si la question qui leur était soumise n'était pas sérieusement controversée ; mais, attendu que les notaires sont tenus, dans tous les cas, de connaître les formalités et les formes suivant lesquelles doivent être rédigés les contrats et spécialement les actes solennels, qu'ils sont, à cet égard, *les conseils obligés des parties qu'ils doivent éclairer*, sur les conséquences de conventions qui interviennent ou tout au moins appeler leur attention sur les irrégularités susceptibles d'entraîner la nullité des actes qu'ils reçoivent...

Nous ne discuterons pas cette théorie, ce serait dépasser le but que nous nous sommes proposé, nous constaterons simplement que cette théorie exorbitante pour la responsabilité est partout appliquée actuellement (1), et que peu d'auteurs l'ont vigoureusement combattue (2) et ainsi qu'il résulte de la comparaison qu'à fait M. Stevenart du mandat civil avec ce mandat légal, celui-ci n'a aucun des caractères que le Code reconnaît au mandat. De ce qu'un notaire a été institué, en faire le mandataire légal, c'est-à-dire contre son gré, de clients pour lesquels il est forcé de prêter son ministère, c'est aller trop loin et pousser à l'excès sa responsabilité en dépassant les principes.

1. Voir tous les arrêts de cette étude. Domfront, 28 juin 1907 : ... que dépositaire légal de l'acte et salarié... qu'il était le mandataire...

2. En ce sens cependant : Stevenart, Laurent, t. XXVII, Bauby.

C. — ÉTENDUE DE LA RESPONSABILITÉ

Les tribunaux connaissant du fond ont le pouvoir souverain pour l'appréciation et l'évaluation des dommages-intérêts.

En aucun cas, certes, le montant des dommages et intérêts ne dépassera le montant du préjudice causé, qui sera lui-même évalué selon les circonstances de la cause.

La Cour de cassation se réserve de vérifier si les motifs donnés par les juges du fait, pour diminuer la responsabilité, ne reposent pas sur une erreur de droit (1).

En principe, les dommages et intérêts doivent comprendre la réparation complète du préjudice causé, c'est l'application de l'article 1149 du Code civil : « Les dommages et intérêts dus aux créanciers sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé... », mais il ne faut pas oublier que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire les autorisant à excuser les notaires, à restreindre ou à augmenter le montant des dommages et intérêts, en se fondant sur la gravité de la nullité, l'influence sur la validité et sur les dispositions de l'acte, sur la nature de l'acte.

Les auteurs sont d'accord (2) avec la jurisprudence (3)

1. Cass., 2 mai 1882. S. 84. 1. 146 ; D. 83. 1. 74.

2. Éloy, *Resp. civ. des not.*, t. I, p. 37. — Même sens, Pagès-Sourdat, *Traité de la resp. not.* — Edouard Clerc, *Tr. gén. de not.*

3. Cass., 14 avril 1886. *Rép. du Not.*, 3097. — 23 février 1887. D. 87. 1. 473. — 19 mai 1885. S. 85. 1. 297. — 6 février 1899. S. 1900.

sur ce point : que le tribunal peut fixer la quotité des dommages-intérêts à la totalité du préjudice causé, n'en accorder qu'une partie, ou refuser d'en attribuer.

CONCLUSION

Pour nous, la responsabilité des notaires reste soumise à la fois à la loi spéciale du 25 ventôse an XI et confère aux juges un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, et à la loi générale des articles 1382 et 1383 du Code civil et nous nous rangerons à la solution proposée par M. Bauby.

Pour nous cependant, la responsabilité restant une disposition de droit étroit, empreinte de rigueur, doit être limitée et restreinte particulièrement à l'égard de notaires exerçant des fonctions publiques difficiles et délicates, et dont la considération générale n'est pas le moindre attribut, et, ce serait singulièrement altérer cette considération, dans son principe, que d'ouvrir trop facilement la voie aux plaintes de clients de mauvaise foi, stimulés par des agents d'affaires véreux, encouragés par une magistrature dont la secrète jalousie se manifeste par une sourde antipathie et trop souvent par une jurisprudence plus draconienne de jour en jour.

Responsable de la validité, de l'authenticité des actes

1. 197. — 24 décembre 1888. D. 89. 1. 251. — 18 janvier 1892. S. 92. 1. 255, etc... Il est inutile d'en rapporter davantage, tous étant dans le même sens.

qu'il reçoit, de tout ce qu'il fait, de ses conseils, de ce qu'il ne fait pas (comme ne pas prévenir le testateur de la nullité d'une disposition), considéré comme mandataire légal par un tribunal souverain dans la fixation de la quotité des dommages et intérêts, le notaire est au point de vue responsabilité dans l'insécurité la plus grande.

Qu'on considère maintenant le testament qui fera particulièrement l'objet de notre étude :

Ce droit, dit Troplong(1) d'une volonté mortelle qui dicte des lois au delà de la vie et nous y transporte si naturellement que Leibnitz le fait dériver de l'immortalité de l'âme, ce droit qui se présente comme un privilège de la liberté privée et comme une juridiction du propriétaire et du père de famille pour conduire l'esprit dans les voies les plus hautes de la jurisprudence...

Qu'on considère encore la très grande importance de cet acte si délicat, par lequel presque toujours on exhérède ; le grand nombre de procès dont il est la cause (s'il n'y avait pas de testaments pour régler le droit des héritiers, je ne sais, disait La Bruyère, si l'on aurait besoin de tribunaux pour régler les différends des hommes); l'obligation pour le notaire de trancher sur place et vivement de graves difficultés, de penser à tout et de suite, l'obligation dans laquelle il se trouve de prêter son ministère en vertu de l'article 3 de la loi du 25 ventôse an XI ; l'importance des intérêts qui peuvent se trouver engagés, et l'on

1. *Des Donations et testaments* t. I, p. 3.

comprendra que le notaire, même du plus grand talent et de la plus grande expérience, appelé à rédiger un testament, puisse, jusqu'à un certain point, craindre une responsabilité rendue si lourde et résultant d'une nullité glissée dans son acte.

A un autre point de vue, idéalisée par la mort, la volonté de l'homme est une des plus grandes puissances morales de ce monde; aussi, ne nous paraît-il pas injuste que celui qui, à l'occasion de son ministère, est chargé d'en rédiger la manifestation, soit soumis à une responsabilité plus sévère et nous estimons qu'à côté de cette responsabilité civile pécuniaire, le notaire encourt une grave responsabilité morale si, par une négligence, par une omission ou par un oubli, il n'a pas assuré la validité d'un dernier acte de foi ou de volonté.

C'est pourquoi cette responsabilité plus importante, par la gravité même de l'acte qui la fait naître, nous a particulièrement intéressé.

Nous allons en étudier les différents cas.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVEMENT A LA CAPACITÉ ET A LA COMPÉTENCE

CHAPITRE PREMIER

DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVE A LA CAPACITÉ ET A LA COMPÉTENCE DU NOTAIRE

I. — *Compétence exclusive des notaires en matière de testament authentique*

L'article 971 du Code civil donne une compétence exclusive au notaire pour la confection des testaments authentiques. Il dit en effet : le testament par acte public est celui qui est reçu par deux notaires en présence de deux témoins ou par un notaire en présence de quatre témoins.

Donc, à cet égard, aucune discussion.

II. — *Compétence et capacité*

Le Code civil ne dit rien de la compétence notariale , c'est encore la loi du 25 ventôse an XI qui réglera cette question :

- 1° Relativement au ressort;
- 2° Relativement à la parenté ou à l'alliance ;
- 3° Relativement aux dispositions testamentaires.

I. — *Relativement au ressort.* — Cette compétence *ratione loci* est fixée par l'article 5 de la loi du 25 ventôse an XI et la loi du 12 août 1902, qui a porté modification à la loi de ventôse.

Les notaires, dit l'article 5 de la loi de ventôse, exercent leurs fonctions, savoir :

Ceux des villes où est établi le tribunal d'appel dans l'étendue du ressort de ce tribunal ;

Ceux des villes où il n'y a qu'un tribunal de première instance dans l'étendue du ressort de ce tribunal ;

Ceux des autres communes, dans le ressort du tribunal de paix.

Les notaires des communes ayant plusieurs justices de paix exercent concurremment dans l'étendue entière de la commune.

Le notaire seul dans un canton exerce concurremment dans ce canton avec les notaires des cantons limitrophes appartenant au même ressort d'appel pour les testaments,

les donations entre époux et les donations-partages d'ascendants, et pour les mêmes actes, exercera dans les cantons limitrophes.

C'est toujours, suivant les termes formels de la loi, à la résidence effective qu'il faut se référer pour déterminer exactement la classe et la compétence *ratione loci* de chaque notaire (1). L'article 6 de la loi du 25 ventôse an XI, défend à tout notaire d'instrumenter hors de son ressort, à peine d'être suspendu de ses fonctions pendant trois mois, d'être destitué en cas de récidive et de tous dommages et intérêts.

Nous n'entrerons pas ici dans les discussions qui se sont élevées relativement au point de savoir : si la défense faite au notaire d'instrumenter en dehors de son ressort, ne comprend pas uniquement le fait matériel de la rédaction, de la lecture et de la signature de l'acte authentique, ou si elle comprend aussi les faits et agissements du notaire hors de son ressort pour parvenir à un acte de son ministère (2). Et nous tiendrons pour constant que le notaire ne peut exercer, instrumenter, c'est-à-dire, dans la matière des

1. Loret, *Élément de la science notariale*, t. I, p. 175. — *Dictionnaire du notariat*, ressort des notaires. — Rolland de Villargues, ressort Fabvier. — Coulomb, n° 23. — Lefebvre, t. I, n° 165. — Clerc, Dalloz et Vergé, *Formulaire général de notariat*, n° 104. — Ruttegeerts et Amiaux, *Commentaire*, n° 245. — Bauby, p. 140. — Conseil d'État, 7 fructidor an XII. Décision ministérielle, 6 juin 1833.

2. Relativement à cette controverse, voir : Cassation, 1^{er} juin 1842: *Journal des notaires*. Paris, 30 janvier 1872. D. 72. 2. 104. — Lefebvre, t. I, n° 171. — Cassation, 21 mai 1873, cassant l'arrêt précité du 30 janvier 1872. D. 1873. I. 225.

testaments qui nous occupe, procéder à toutes les solennités requises pour la validité et la confection du testament, que dans son ressort territorial, quel qu'en soit l'endroit, sans être obligé de rédiger ce testament en son étude même.

Et s'il instrumente hors de son ressort, outre les peines qu'il encourt disciplinairement et qui nous sont ici étrangères, il est tenu à des dommages et intérêts pour le préjudice causé aux parties par la nullité de l'acte public qu'il a passé; or, en matière de testament, la nullité serait absolue, le testament ne pouvant valoir à aucun autre titre que testament authentique, et sa responsabilité serait complètement engagée dans ce cas.

II. — *Relativement à la parenté ou à l'alliance.* — La loi de ventôse interdit aux notaires pouvant instrumenter territorialement de le faire pour cause de parenté ou d'alliance; il est interdit, dispose *ratione personæ* l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI, à deux notaires parents ou alliés au degré prohibé par l'article 8 de pouvoir concourir au même acte.

Et l'article 8 de la même loi dispose : les notaires ne pourront recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés en ligne directe, à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties, ou qui contiendraient quelques dispositions en leur faveur.

Pour la parenté entre les deux notaires aucune difficulté.

Le notaire ne peut donc recevoir le testament de ses parents ou alliés au degré prohibé, c'est-à-dire :

I. — *Pour la parenté légitime*

Pour les parents légitimes en ligne directe à l'infini, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle à neveu inclusivement.

II. — *Pour la parenté naturelle*

Pour la parenté naturelle selon les uns, la loi ne fait aucune distinction entre les diverses parentés, et par suite l'article 8 de la loi de ventôse s'appliquerait à la parenté naturelle comme à la parenté légitime, et le notaire ne pourrait recevoir le testament de ses parents naturels au degré prohibé (1).

Selon les autres, il n'y aurait aucune prohibition à l'égard des parents naturels du notaire, la loi de ventôse a établi une prohibition entre oncle et neveu ; or, cette parenté n'existe pas dans la parenté naturelle, c'est donc que la prohibition ne s'applique qu'à la parenté légitime (2).

Pour nous, nous conseillerons au notaire qui se trouvera en présence d'un cas semblable de s'abstenir, par prudence,

1. Amiaud, *Not.*, 117. — Rolland de Villargues, *Parenté*, n° 58. — Fabvier-Coulomb, *Dict. not.* — Dalloz, n° 384.

2. Cass., 3 avril 1854. Cont. de l'enreg., n° 10401. — Bordeaux, 4 décembre 1852.

et de ne pas rédiger le testament d'un de ses parents naturels, qui, s'il eût été légitime, serait au degré prohibé par l'article 8 de la loi de ventôse an XI; si un testament dans ces conditions était annulé, la responsabilité du notaire pourrait être engagée.

III. — *Pour la parenté adultérine et incestueuse*

Pour cette parenté, qui n'est pas reconnue par la loi, aucune prohibition ne peut exister, à moins que cette filiation ne soit constatée judiciairement.

Dans tous les cas nous conseillerons au notaire de s'abstenir d'instrumenter, et ce pour la dignité de son ministère (Ruttgeerts et Amiaud).

IV. — *Pour la parenté adoptive*

Le notaire ne pourra recevoir le testament de ses parents adoptifs dans les cas où la loi reconnaît des effets à la parenté adoptive. Ainsi le notaire devra s'abstenir, s'il s'agit de son fils adoptif, des descendants ou de l'époux de celui-ci; de son père adoptant, de la femme de son père adoptant, des enfants légitimes, naturels ou adoptifs, de son père adoptant, le notaire étant l'adopté (1).

Pour l'alliance, nous renvoyons à ce qui sera dit plus loin à ce sujet, relativement à la capacité des témoins.

La nullité de l'acte qui aurait été fait en contravention à cette prohibition serait complète, le testament nul en

1. Ruttgeerts et Amiaud, t. I, p. 466. — Amiaud, n° 118.

entier (1) et la responsabilité du notaire complètement engagée.

3° *Relativement à ce que les parents ou alliés ou le notaire sont intéressés à l'acte.* — Il est également interdit au notaire de recevoir des testaments dans lesquels les mêmes parents sont institués ou gratifiés.

La question de savoir si cette prohibition de l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI s'appliquait au testament, a été tranchée depuis longtemps; la disposition s'applique au testament comme aux autres actes. Le notaire ne peut donc pas recevoir le testament fait au profit d'un de ses parents ou alliés au degré prohibé.

Ainsi est nul le testament dans lequel le testateur en léguant un immeuble a déclaré que si le légataire veut le vendre un jour, il sera tenu de donner la préférence à M. X..., neveu du notaire rédacteur du testament (1).

On s'est demandé si l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, limitant la prohibition aux parents du notaire au troisième degré, a été modifié par l'article 975 du Code civil, étendant cette prohibition jusqu'aux parents et alliés du notaire au quatrième degré.

1, En ce sens : Douai, 17 mars 1815. S. 16. 2. 176. — Bourges, 30 juin 1828. D. 19. 2. 207. — Cass., 27 décembre 1831. D. 32. 1. 9. — Douai, 15 janvier 1834. — Cass., 27 novembre 1835. D. 36. 1. 24. — Cass., 15 décembre 1847. D. 48. 1. 550. — Dalloz, *Code civil annoté sur l'article 971. Jurisprudence générale.* — Dalloz, n° 2831 et suiv. — Même sens : Coin-Delisle, p. 35. — Demolombe, t. XXI. — Aubry et Rau, t. VII. — Huc, t. VI.

2. Bourges, 30 juin 1838.

Selon les uns, l'incapacité du notaire d'instrumenter pour ses parents ne s'étend pas au quatrième degré, la disposition de l'article 975 du Code civil ne s'appliquant qu'à la capacité des témoins et ne peut être étendue, les questions de capacité étant de droit étroit (1); le notaire pourrait donc recevoir le testament de son cousin germain ou celui dans lequel son cousin germain serait institué légataire (2).

Selon les autres, l'article 975 du Code civil relatif aux témoins s'applique également au notaire, premier témoin d'un testament (le notaire en second remplaçant deux témoins) et, par conséquent, la prohibition s'étendrait au quatrième degré, et le testament reçu par un notaire grand-oncle ou petit-neveu du légataire serait nul (3).

Néanmoins, si dans le testament reçu par un notaire parent au degré prohibé de l'un des légataires, le testateur avait institué un légataire universel, et fait des legs particuliers à ses héritiers, sans désignation de personne, le notaire s'étant trouvé dans l'impossibilité de prévoir, lors de la confection du testament, quels héritiers recueilleraient ces legs, le testament ne serait pas annulé, le notaire n'ayant pu connaître son incapacité (4). L'on s'est demandé

1. En ce sens : Grenier, *Donation*. — Édouard Clerc, Coin-Delisle, Roland de Villargues. — Riom, 3 décembre 1827.

2. En ce sens : Riom, précité. — Douai, 23 janvier 1850. D. 50. 2. 68. — Grenoble, 11 janvier 1850. D. 52. 2. 44. — Demolombe, t. XXI. — Éloy, t. I. — Walquenart, Laurent, Ruttgeerts, Amiaud, Bauby, p. 151.

3. En ce sens : Douai, 17 mars 1815 et Massé, livre III, chapitre XV.

4. Cass., 15 décembre 1847. D. 49. 1. 188.

également si cet article 8 de la loi de ventôse faisait défense au notaire de recevoir un testament contenant des libéralités pour lui-même.

Un seul auteur, Coin-Delisle (art. 971, n° 8), prétend que le testament ainsi reçu serait valable, et la disposition relative au notaire serait réputée non écrite, les conditions contraires aux bonnes mœurs étant nulles en vertu de l'article 900 du Code civil ainsi conçu : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois et aux mœurs, seront réputées non écrites. »

Cette interprétation n'est pas suivie par la majorité des auteurs qui décident que l'expression finale de l'article de la loi de ventôse (disposition en leur faveur) s'applique aux parents et alliés du notaire (1) et que le testament serait nul pour le tout (2), et par la jurisprudence. Cependant il a été jugé qu'un notaire ne pouvait recevoir un testament le nommant exécuteur testamentaire (3).

Sur une action en garantie, rapporte M. Vincent, intentée par les légataires contre le notaire à la suite de cette annulation, le notaire fut condamné (4), parce qu'il importe

1. Merlin, *Notaire*, § 5. — Duranton, t. XIII, n° 28. — Loret, t. I, p. 208. — Édouard Clerc, Dalloz, Chartier, *Observation pratique* (*Rev. du Not.*, n° 4325).

2. Demolombe, t. XXI, 173. — Aubry et Rau, t. VII, § 670. — Laurent, t. XIII, p. 252. — Huc, t. VI, p. 283. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2011.

3. Douai, 15 janvier 1834. S. 34.2.118.

4. Douai, 2 janvier 1837. S. 37.2.279.

à l'intérêt des familles que les notaires s'abstiennent d'insérer dans leurs actes des clauses devant occasionner aux parties des conventions onéreuses, et que dans l'espèce, cette nécessité était d'autant plus impérieuse pour le notaire, qu'un salaire était attaché à sa nomination comme exécuteur testamentaire.

Le notaire peut, dans les testaments, être constitué dépositaire des valeurs léguées, un tel dépôt ayant pour but d'assurer la volonté du testateur sans présenter d'intérêt pour le notaire (1).

La reconnaissance par le testateur d'une dette de sa part envers le notaire rédacteur du testament n'entraîne pas la nullité du testament, si la réalité de la dette est établie par un titre préexistant et non prescrit, et ne constitue pas une disposition en faveur du notaire (2).

N'est pas nul non plus le testament par lequel une somme est affectée au paiement d'honoraires antérieurement dus au notaire, alors que cette somme excéderait la dette à éteindre, cette disposition ne formant pas obstacle à la taxe (3).

La Cour de cassation (4) a jugé qu'il n'y avait qu'un vœu n'entraînant pas la nullité, dans une clause chargeant le notaire de la liquidation de la succession du testateur moyennant des honoraires fixés d'avance.

1. Cass., 27 déc. 1831. S. 32. 1. 92.

2. Cass., 4 mai 1840. S. 401. 1. 401.

3. Cass., 24 mai 1845. D. 45. 1. 316.

4. 4 juin 1883. D. 84. 1. 51.

Le testament par lequel le testateur affectera les deniers existant au décès, au paiement au notaire de ses honoraires de testament est valable (1).

Une remise de dette faite dans le testament par le testateur au notaire rédacteur, entraînera la nullité du testament (2).

Nous estimons donc que les notaires, dans les testaments qu'ils reçoivent, doivent prendre pour règle absolue d'écarter toutes dispositions dont il pourrait résulter, directement ou indirectement, pour eux ou leur parenté, une gratification ou un avantage quelconque, afin d'éviter de ce chef des annulations pouvant engager leur responsabilité. Nous ajoutons qu'à cet égard leur prudence doit être d'autant plus grande, que les tendances de la jurisprudence, en cas de doute si les dispositions critiquées constituent ou non à leur profit un bénéfice quelconque, sont nettement défavorables ; n'éviteraient-ils ainsi que des critiques dont la réputation de leur compagnie aurait à souffrir.

1. Cass. req., 8 nov. 1886, D. 87. 1. 395.

2. Riom, 23 mai 1855, D. 57. 2. 5.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ RELATIVE A LA CAPACITÉ DES TESTATEURS

Le notaire est-il responsable de la nullité d'un testament prononcée pour cause d'incapacité du testateur?

L'article 11 de la loi de ventôse, en reproduisant le principe de l'article 5, titre I, section II, de la loi du 6 octobre 1791, dit :

Le nom, l'état et la demeure des parties devront être connus des notaires, ou lui être attestés dans l'acte par deux citoyens connus d'eux, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires.

Le notaire est donc tenu ou de connaître le testateur ou de se faire certifier son identité par deux citoyens. Ferrière (1) en donne la raison quand il dit :

Les notaires ne doivent recevoir d'actes que des personnes qu'ils connaissent, et ce pour éviter les fraudes et suppositions

1. *Parfait notaire*, livre I, chap. XII.

de personnes qui passeraient des obligations ou autres actes au nom d'une autre, auquel abus il est d'une très grande conséquence d'obvier.

Il est utile de s'étendre un peu sur la portée et la signification de ce que la loi de ventôse a entendu par nom, état, demeure des parties ; elle a compris par là, tout ce que l'on peut ordinairement connaître d'une personne, ce qui est de notoriété publique et ce que nous appelons son individualité, son nom, sa demeure, sa profession. Exiger davantage, a dit Réal, eût été interdire aux notaires de prêter leur ministère dans un nombre infini de circonstances, et réduire les notaires à l'impossibilité presque absolue de recevoir aucun acte.

Sur ce premier point donc, si le notaire ne connaissant pas personnellement le testateur, n'a pas fait certifier par deux témoins son individualité, sa responsabilité n'est pas douteuse en cas d'annulation.

Cependant la certitude de l'individualité du testateur n'est qu'une partie de ce que la loi exige pour la validité du testament, et on s'est demandé si la connaissance de la capacité civile du testateur, indépendante de cette individualité, devait être exigée du notaire.

La loi de ventôse, dont nous avons parlé plus haut, est muette à cet égard, et avec raison, car le plus souvent il eût été impossible aux notaires de connaître cette capacité, aucun texte n'impose cette obligation aux notaires. La jurisprudence est pour ainsi dire unanime à cet égard.

Toutefois, parmi les incapacités de nature à vicier le testament, une distinction doit d'abord être faite, selon que cette incapacité relève de l'état d'esprit du testateur, ou de son incapacité civile.

1° *État d'esprit.* — Le Code civil, article 901, interdit de disposer par testament, à celui qui n'est pas sain d'esprit, il faut entendre par là celui qui est en état d'imbécillité, de démence, de fureur (C. civ., 489), de délire, de monomanie, d'ivresse, ou sous l'empire d'une passion violente qui lui a troublé momentanément les facultés mentales, ainsi que celui qui est sous l'empire de la suggestion et de la captation.

Et nous ajouterons comme pouvant être assimilé à ces diverses catégories de faibles d'esprit, le sourd illettré ou le sourd-muet.

Ces mots « insanité d'esprit » peuvent avoir une étendue très vaste. Ils signifient, dit Troplong :

Non seulement cette intégrité de jugement que les Romains appelaient *siuiceritas mentis*, et qui est exclusive de la démence, de la fureur, de l'imbécillité, mais encore que l'esprit du testateur doit être libre, indépendant, dégagé de pernicieuses influences.

Dans ces conditions, le notaire rédacteur du testament, ne pouvant se prononcer que sur des apparences — et rien n'est plus incertain que des apparences de démence — aura suffisamment répondu à l'obligation de la loi,

quand il aura, en toute conscience, déclaré et écrit dans le testament, que le testateur lui est apparu, ainsi qu'au notaire en second et aux témoins présents, sain d'esprit, alors même que postérieurement il serait prouvé que le testateur n'avait pas sa lucidité d'esprit.

Est-ce à dire que le notaire ne doit pas s'enquérir, s'il le peut, de l'état d'esprit dans lequel peut se trouver la personne voulant tester? Nous pensons qu'il doit le faire, mais s'il ne le peut, appelé par exemple auprès d'un moribond, il lui faudra bien s'en rapporter à l'impression que lui produira la personne voulant tester, et si toutes les circonstances sont en faveur de cette santé d'esprit (1), sa responsabilité, nous le répétons, ne sera pas engagée, quand bien même le testateur serait, par exemple, interdit peu après la confection du testament (V. pour ce dernier cas l'arrêt précité d'Aix), et que le testament viendrait par suite à être annulé.

On a aussi émis l'idée que le notaire, en cas de doute sur l'état d'esprit du testateur pourrait, assisté d'un médecin qui le renseignerait sur ledit état d'esprit, couvrir sa responsabilité en s'abritant derrière celle toute morale du médecin (2). Pour nous, nous pensons que dès l'instant qu'il y a doute pour le notaire, il doit s'abstenir, car c'est lui, et lui seul, qui est juge de l'état du testateur et qui doit prendre la responsabilité de sa décision sans aucun

1. Aix, 19 novembre 1889. D. 90. 2. 156.

2. Amiaud, *Traité formulaire*, t. II. — Chambéry, 31 août 1880. *Rev. du Not.*, n° 6134.

conseil extérieur ; on ne peut, il nous semble, vraiment soutenir que sa responsabilité serait couverte dans ce cas ; les tribunaux juges des circonstances y trouveraient peut-être tout au plus une cause d'atténuation dans le cas d'annulation.

En ce qui concerne donc l'état d'esprit du testateur, pas de responsabilité, si le notaire indique dans le testament que ce dernier lui a paru en état de tester.

Toutefois, il n'est pas inutile de dire un mot de ce qui se produirait, si par exemple l'insanité d'esprit était révélée au notaire par un fait quelconque pendant la rédaction du testament, ou par l'extravagance des dispositions dictées par le testateur.

Dans ce cas, le notaire, à l'énonciation de ces dispositions, devrait, selon nous, arrêter la rédaction du testament, rédiger un procès-verbal à la suite, constatant qu'ici il a cessé d'écrire sous la dictée du testateur, celui-ci ayant manifesté par le désordre de sa pensée, l'extravagance de ses dispositions ; notamment de celle-ci... , un état d'esprit tel que le notaire ne l'a plus jugé être dans une lucidité d'esprit suffisante pour pouvoir tester.

Il devra faire signer le tout aux témoins, en se gardant bien de faire signer le testateur, car les dispositions déjà écrites signées du testateur et des témoins pourraient donner lieu à discussion, bien que pour nous elles doivent être considérées comme nulles, puisque, à partir du moment où le notaire déclare que pour lui le testateur est dans un état d'esprit qui révèle une incapacité radicale,

l'achèvement du testament, dans les formes solennelles voulues par la loi, n'est plus possible.

Il ne fait aucun doute pour nous que pour ce cas aucune responsabilité ne peut être imputée au notaire.

2° Capacité civile. — Indépendamment de la capacité morale, la loi a privé de la possibilité de tester le mineur âgé de moins de seize ans accomplis (C. civ., art. 903) ; le condamné à une peine afflictive perpétuelle, à moins que le gouvernement ne l'ait relevé de l'incapacité ; l'interdit.

Le notaire n'est pas non plus dans ces divers cas juge de la capacité du testateur.

Toutefois il encourerait une responsabilité en cas d'annulation du testament, résultant des circonstances de fait, notamment en ce qui concerne le mineur, si son attention n'avait pas été attirée par son jeune âge ; le condamné si sa condamnation était de notoriété publique ; l'interdit, si par exemple il lui eût suffi pour refuser son ministère de vérifier à la Chambre des notaires de l'arrondissement où il exerce, ou à celle de l'arrondissement voisin où il est appelé pour un testament (cas d'un notaire seul au canton) si le nom de cet interdit n'est pas inscrit.

CHAPITRE III

DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVE

A LA CAPACITÉ DES TÉMOINS

Par suite de la grande importance attribuée à l'exercice de la faculté de faire son testament, la loi a exigé comme garantie de la sincérité des dispositions du testateur, un plus grand nombre de témoins que pour les autres actes.

Le testament par acte public, dit l'article 971 du Code civil, est celui qui est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins.

Et, par suite de cette importance de leur rôle, la loi s'est montrée, pour ces témoins, plus exigeante que pour les témoins ordinaires, et la jurisprudence plus rigoureuse dans les questions relatives à leur incapacité.

Les témoins testamentaires doivent donc satisfaire à certaines conditions de capacité, sinon ils ne peuvent être témoins.

Ces conditions de capacité sont établies par le Code civil seul, articles 975 et 980 ; il ne peut donc s'agir, dit M. Bau-

dry-Lacantinerie, de compléter les dispositions de ces articles par les dispositions que la loi du 25 ventôse an XI consacre à la capacité des témoins instrumentaires, c'est toujours l'application de la même règle : *specialia generalibus derogant*.

La jurisprudence est d'ailleurs, ainsi que la doctrine, en ce sens (1) :

Certains auteurs, comme distinction des incapacités frappant les témoins testamentaires, admettent celles-ci :

1° Incapacités absolues, c'est-à-dire empêchant toujours ceux qui en sont frappés d'être témoins dans un testament par acte public

2° Incapacités relatives n'atteignant le témoin que vis-à-vis d'un testament et dans un cas déterminé (2).

Pour d'autres, l'incapacité d'être témoin dans un testament public peut être ou naturelle ou légale (3).

Bien que cette distinction n'offre qu'un intérêt secondaire, nous préférons suivre cette seconde distinction que nous croyons plus claire, et nous verrons que :

Les incapacité naturelles sont toutes des incapacités absolues, tandis que les incapacités légales peuvent ou être absolues ou relatives.

1. Agen, 27 juillet 1885. S. 87. 1. 155 et Grenoble, 12 juillet 1878. D. 79. 2. 93. — Aubry et Rau, t. VII, p. 144. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2174.

2. Demolombe, t. XXI, n° 117. — Pierre Vincent, *De la Responsabilité des notaires en matière de testament*.

3. En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Colin, *Des Dons et testaments*. — Fuzier-Hermann, *Des Testaments*, chap. V.

I. — *Des incapacités naturelles d'être témoin*

Le législateur n'a rien dit des incapacités naturelles, elles ressortent de la nécessité, c'est-à-dire des incapacités de fait résultant de l'absence de facultés morales ou physiques empêchant le témoin de remplir sa mission ; ces incapacités n'en existent pas moins, et pour les rechercher il faut d'abord connaître quel est le rôle du témoin au testament.

La définition qu'en fait Troplong (1) signale l'importance du rôle qu'il y joue :

Contrôler par leur présence aux actes, les déclarations reçues et consignées par le notaire ; or, ce contrôle et cette garantie existent, lorsque le témoin a pu juger avec plénitude de raison et de connaissance, de tout ce qui s'est fait devant lui, et l'approuver, soit par sa signature, soit en laissant le notaire attester, sans contradiction de sa part, qu'il aurait signé s'il avait pu ou su signer.

Le témoin testamentaire doit donc comprendre et percevoir les faits sur lesquels son témoignage peut être demandé, se rendre compte, dit M. Vincent, de l'accomplissement, conformément à la loi, de toutes les formalités auxquelles il doit être présent, dictée, écriture par le notaire, lecture.

1. T. III, *Droit civil expliqué*, p. 225.

Dès qu'une de ces facultés indispensables fait défaut, celui à qui elle manque est frappé d'incapacité. L'appréciation des cas d'incapacités est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (1).

Nous admettrons comme divisions dans cette recherche :

1° Les incapacités morales ;

1° Les incapacités physiques ;

3° L'ignorance de la langue.

Les personnes ne pouvant voir, entendre ou comprendre ce qui se dit et ce qui se passe, sont incapables d'être témoins, et leur incapacité est absolue.

1° INCAPACITÉS MORALES. — Les témoins, dit Laurent, doivent être présents intellectuellement, car ce n'est pas le corps qui témoigne au besoin, c'est l'âme.

Le témoin doit comprendre ce qui se passe ou ce qui se dit devant lui.

Ainsi doivent donc être écartés les idiots, les déments, les fous, les individus en état d'ivresse, puisqu'ils sont inconscients (2).

2° INCAPACITÉS PHYSIQUES. — Nous avons trois cas à examiner :

Le sourd ;

1. Laurent, t. XVI. — Baudry-Lacantinerie, t. II. — Fuzier-Hermann, Demolombe et tous les auteurs cités par Fuzier-Hermann sur l'article 980.

2. Dalloz, *Juris. gén.* Disp. 3157. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II *Des Don. et test.* — Riom, 30 mars 1903. — Défresnois, *Répert.*, n° 1332, 1325. — Demolombe, t. XXI, n° 195 et suiv.

L'aveugle ;

Le muet.

A. — *Incapacité du sourd*. — Le sourd est dans l'incapacité de certifier que le testateur a dicté son testament au notaire, et que le notaire lui a adressé les interpellations voulues par la loi, puisque physiquement il est dans l'impossibilité d'entendre (1) ; il ne peut donc être témoin.

Cependant, si la surdité n'est pas complète, il n'en sera pas de même, et pourra être témoin le sourd entendant avec l'aide d'instruments acoustiques : il faudrait établir la preuve qu'il n'a pas entendu (2).

B. — *Incapacité de l'aveugle*. — L'aveugle est incapable de reconnaître le testateur, les témoins et le notaire, de voir le notaire écrire sous la dictée, ni le testateur, les témoins et le notaire signer ; il ne peut pas être témoin ; mais il en serait autrement s'il n'avait seulement qu'une vue affaiblie (3).

C. — *Incapacité du muet*. — On s'est demandé si le muet était capable d'être témoin ; suivant les auteurs, il est

1. Besançon, 18 novembre 1874 sur pourvoi Cass., 8 novembre 1875. S. 76. 1. 156.

2. Jugement ci-dessus de Besançon. Demolombe, t. XXI. — Aubry et Rau, Laurent, p. 13, n° 267. — Toullier, t. V, n° 302, 394.

3. Paris, 16 janvier 1874. S. 74. 2. 137. — Merlin, *Témoins instrumentaires*. — Grenier et Bayle-Mouillard, t. II. — Poujol, t. II, articles 974, 975. — Coin-Delisle, article 980. — Troplong, t. III, n° 1678. — Saintespès-Lescot, Demolombe, t. XXI. — Toullier, t. V. — Marcadé, article 980. — Boileux, t. IV. — Aubry et Rau, etc.

capable d'être témoin (1) à condition d'entendre (2) ou à condition de savoir écrire (3), condition qui ne paraît pas indispensable (4).

Pour nous il suffira au muet de voir et d'entendre, et de pouvoir manifester, d'une façon quelconque, qu'au moment de la confection du testament, rien de ce qui s'est passé ne lui est demeuré étranger, soit par écriture, soit par gestes, ou par tout autre moyen si son témoignage venait à être requis. La question est controversée cependant lorsqu'il ne peut s'exprimer que par signes.

3° IGNORANCE DE LA LANGUE. — Nous avons dit plus haut que le témoin doit comprendre ou percevoir tous les faits sur lesquels son témoignage peut être demandé, dictée par le testateur, écriture par le notaire, lecture. On s'est demandé si, en plus, le témoin devait, en dehors de ces faits matériels, comprendre l'esprit du testament et se rendre compte quand le notaire fait sa lecture, s'il a bien rendu dans sa rédaction la volonté du testateur.

Évidemment, ce sont là deux points de vue différents et qui ont fait et font encore l'objet de controverses très sérieuses.

La question est d'autant plus intéressante, qu'elle peut se présenter fréquemment pour les notaires appelés à

1. Merlin, *Rép. tém. inst.* — Demolombe, t. XXI, n° 194.

2. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II.

3. Toullier, t. V. — Duranton, t. IX, n° 104. — Coin-Delisle, art. 980, n° 23.

4. Laurent, t. XIII. — Troplong, t. III. — Aubry et Rau, t. VII.

recevoir des testaments dans certains départements français-frontières par exemple, où la langue du pays voisin est souvent parlée, ou dans ceux où un idiome particulier a persisté au point que, quelquefois, testateur et témoins ignorent le français.

1^o Certains auteurs soutiennent que les témoins doivent connaître la langue du testateur, puisqu'il est nécessaire qu'ils sachent qu'on fait un testament, mais qu'il n'est pas indispensable qu'ils comprennent la langue française dans laquelle le notaire a rédigé ce testament (1).

Spécialement un arrêt de la Cour de Douai du 1^{er} février 1816 (2) décide que le testament authentique dicté en flamand² et écrit en français, n'est pas nul, par cela seul que les témoins n'entendaient pas la langue française. Un autre (Bruxelles, 13 septembre 1808) (3) dit : « Un testament authentique dicté et rédigé dans un pays réuni, dans l'idiome du pays, mais avec une traduction française à mi-marge, n'est pas nul par cela que deux témoins ne savaient pas la langue française. » Un autre (Nancy, 28 juillet 1817. S. 18. 2. 89) est allé plus loin en décidant que le témoin peut remplir

1. Marcadé, art. 972, n^o 2. — Troplong, *Don. et test.*, t. III, n^o 2534. — Coin-Delisle, art. 980, n^o 29. — Aubry et Rau, t. V, p. 506. Cette opinion a été sanctionnée en jurisprudence : Cass., 14 juillet 1818. S. 18. 1. 397. — Rennes, 8 janvier 1884. — Bruxelles, 11 janvier 1816. — Liège, 31 janvier 1817. — Hazebrouk, 15 janvier 1834, Dalloz, *J. G.*, Disp., n^o 3129. — Bruxelles, 1^{er} mars 1870. Pasicrisie belge, 70. 2. 107; D. 85. 2. 96. — Cass. belge, 5 mai 1887. D. 88. 2. 120. — Nancy, 28 juillet 1817. S. 18. 2. 89.

2. Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, 3129-2^o.

3. Dalloz, *J. G.*, Disp., 3120-2^o.

sa mission sans comprendre ni les paroles du testateur qui dicte, ni les paroles du notaire qui lit.

Les mêmes auteurs ajoutent que si la loi eût entendu que les témoins pussent aller jusqu'à contrôler le notaire qui a écrit le testament et en donne lecture, elle l'aurait dit ou, tout au moins, aurait spécifié les conditions d'aptitude des témoins.

Coin-Delisle, article 980, n° 29, indique que pour constater la conformité de la lecture avec la dictée, les uns ont proposé de remplacer cette lecture par une explication orale donnée par le notaire aux témoins étrangers.

2. D'autres auteurs (1) soutiennent que les témoins doivent contrôler l'exactitude des déclarations reçues par le notaire et écrites par lui, et comprendre par suite, et l'idiome de la dictée et la langue française dans laquelle, le testament est rédigé par le notaire (2) et, par exemple, lorsque le testament a été dicté en langue étrangère, écrit en français, et lu au testateur dans sa langue, d'après la traduction écrite à mi-marge, il faut, à peine de nullité, que les témoins comprennent la langue du testateur et le français (3) ; en ce sens : Metz, 1833 (4), décide que le testament est nul, l'un des témoins ayant assisté à la rédaction d'un testament comprenant seulement la langue dans

1. Demolombe, t. XXI, n° 197. — Laurent, t. XIII, n° 268.

2. Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, 3126.

3. Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, 3126.

4. Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, 3128.

laquelle ce testament avait été dicté et non celle dans laquelle il avait été rédigé.

La majorité de la jurisprudence est pour la première opinion et avec raison il semble, puisque la principale condition est que les témoins entendent et comprennent bien ce que veut et dit le testateur, la transcription qu'en fait le notaire à mi-marge, rapportant les deux langues, assurant, d'un autre côté, la fidélité et l'exactitude des dispositions.

En présence de ces diversités d'opinion, les précautions les plus grandes sont à prendre par les notaires.

D'abord ils n'accepteront de témoins ne connaissant pas et l'idiome dans lequel est dicté le testament, et le français, que lorsque leurs recherches ayant échoué, il leur sera impossible de s'en procurer d'autres, et ils mentionneront cette recherche.

Si parmi les témoins, un ou plusieurs connaissent les deux langages et ont pu expliquer aux autres, répondre à leurs demandes, s'édifier réciproquement sur ce qui se passe, en un mot, ont pu permettre à ceux qui n'en connaissent qu'une, d'acquérir sur la substance même des dispositions une perception aussi distincte que celle qu'ont pu en avoir les autres témoins, il y aurait avantage à le constater, avec tous les détails de ce qui ce serait passé à cet égard.

Enfin il faudrait que le notaire donnât lecture des deux langues employées, dont l'une serait traduite à mi-marge

dans le testament, en faisant mention du but spécial de cette double lecture.

Malgré ces précautions, il ne faut pas perdre de vue que l'appréciation du point de savoir si le témoin, dans ces conditions, a oui ou non compris, et a pu utilement remplir le rôle que lui donne la loi, est abandonné à la sagesse des tribunaux, lesquels sont très rigoureux à cet égard et ne font pas bénéficier les notaires du doute.

Nous conseillerons donc de ne faire un testament dans ces conditions que si le testateur ne peut en faire un autre sous une autre forme.

II. — *Des incapacités légales d'être témoin*

Les incapacités légales sont celles résultant d'une loi.

Elles sont absolues, si celui qui en est frappé est incapable d'être témoin dans tout testament authentique, quel qu'il soit, ou relatives, si celui qui en est frappé est incapable d'être témoin dans certains testaments seulement.

1^o INCAPACITÉS ABSOLUES. — Les témoins appelés pour être présents aux testaments « devront être majeurs, Français, sans distinction de sexe. Toutefois le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même testament ».

Ainsi dispose l'article 980 du Code civil, modifié par la loi du 7 décembre 1897. Il suffit donc actuellement pour être témoin, d'être majeur et Français. L'ancien texte du

Code civil de 1804 exigeait en outre d'être mâle, sujet du roi ou de l'empereur, et de jouir de ses droits civils.

1^o *Majorité* (majeurs). — Pour être témoin, il faut être majeur, c'est-à-dire avoir vingt et un ans accomplis ; les mineurs sont frappés d'une incapacité absolue, même le mineur émancipé (1). Rien n'est plus légitime, l'attestation des mineurs ne pouvant évidemment, dit M. Baudry-Lacantinerie, avoir le même poids que celle de personnes majeures ayant, en raison de leur âge, une plus grande maturité d'esprit. Et le testament fait en présence d'un témoin mineur serait entaché de nullité (2).

2^o *Nationalité* (Français). — Les étrangers ne peuvent pas plus que les mineurs être témoins dans un testament public, quand bien même ils seraient autorisés à fixer leur domicile en France, ce qui ne leur donnerait en rien la qualité de Français.

Seule la naturalisation, en leur donnant la nationalité, leur permettrait d'être témoins ; d'un autre côté, le Français même habitant généralement l'étranger, peut être témoin tant qu'il garde sa nationalité.

Les auteurs et la jurisprudence sont unanimes sur ce point, sauf Delvincourt et Vazeilles (3).

1. Laurent, t. XIII, n^o 258.

2. Cass. req., 6 juin 1901. D. 01. 1. 235.

3. Merlin, *Témoins instrumentaires*, § 2, n^o 3-1^o. — Favart de Langlade, *Testament*. — Toullier. — Grenier. — Duranton, t. IX. — Poujol, sur l'article 975. — Coin-Delisle, sur l'article 980. — Troplong. — Demante. — Demolombe, t. XXI. — Aubry et Rau, t. VII. — Laurent, t. XIII. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, p. 86, n. 3. Sens contraire. — Vazeilles, sur l'article 988, n^o 10. — Jurisprudence : Cass., 23 janvier 1811 et 23 avril 1828. — Colmar, 13 février 1818.

3° *Sexe* (sans distinction de sexe). — Sans distinction de sexe dit l'article 980, avant la loi de 1897, on considérait que c'était participer dans une certaine mesure à la vie publique, que d'être témoin testamentaire, c'est-à-dire de remplir un rôle de contrôle et de surveillance, et alors le législateur excluait les femmes totalement de la vie publique.

Or, comme l'a dit justement le rapporteur de la loi de 1897 au Sénat (M. Cazot), le droit d'être témoin dans les actes instrumentaires tient à la capacité civile et non à la capacité politique, mais alors l'étranger pourrait être témoin lui aussi, puisque il ne s'agit que de l'exercice d'un droit civil.

Sans entrer dans cette discussion, retenons que les femmes, dans les mêmes conditions que les hommes, peuvent être témoins testamentaires. Une seule réserve est contenue dans la loi du 7 décembre 1897, la femme et le mari ne peuvent être admis ensemble à un même testament comme témoins, et, nous répèterons l'argument donné lors de la discussion de la loi : les témoignages du mari et de la femme n'en forment en réalité qu'un seul.

Ainsi le Code civil n'impose aux témoins que ces trois qualités, majeurs, Français, sans distinction de sexe, sauf la réserve pour le mari et la femme.

L'ancien article 980 portait, en outre : jouissant des droits civils, que la loi de 1897 a supprimé.

Il convient néanmoins de se demander, bien que depuis l'abolition de la mort civile, il n'y ait plus de Français

privés d'une manière générale de tous leurs droits civils, si quelques-uns ne peuvent être privés de certains droits civils au nombre desquels celui d'être témoin testamentaire.

Il en est ainsi pour ceux frappés de la dégradation civique, article 34-3° du Code pénal, et ceux frappés en vertu des articles 28 et 42 du même Code.

Pour ces cas aucun doute.

Mais il y a d'autres cas sur lesquels se sont élevés des controverses. M. Baudry-Lacantinerie et M. Colin, t. II, disent que la nouvelle loi n'a fait disparaître qu'une condition dépourvue de toute portée pratique (1), et M. Dalloz ajoute que rien n'a été changé à cet égard ; examinons donc les trois cas.

1° Du prodigue ;

2° Du failli ;

3 De l'interdit.

Le prodigue, muni d'un conseil judiciaire, qui n'a plus le libre exercice des droits civils, n'en conserve pas moins la jouissance, et est capable d'être témoin testamentaire (2). Il faut cependant examiner si la dation de ce conseil judiciaire n'a pas eu pour motif une faiblesse d'intelligence, car en droit, il pourrait être témoin, mais, si en fait, il devait être rangé dans la catégorie des insensés, il faudrait l'écarter (3).

1. Même sens : Dalloz, *Cod. civ. annoté*, article 980, n° 31 et suivants.

2. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II. — Demolombe, t. XXI.

3. D. J. G., Disp. entre vifs, 3158.

Les individus dans l'indigence (1) et ceux d'une inconduite notoire (2), peuvent également être témoins.

Le failli, déchu de ses droits politiques, conservant la jouissance de ses droits civils, peut être également témoin testamentaire, tandis que le failli banqueroutier ne le peut jusqu'à ce qu'il ait obtenu sa réhabilitation (3).

L'interdit peut-il être témoin ?

La question est controversée : les uns l'assimilent à un mineur incapable d'être témoin (4) ; les autres le reconnaissent capable d'être témoin, car il a conservé, comme le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, la jouissance de ses droits civils et n'en a perdu que l'exercice (5).

La jurisprudence reconnaît à l'interdit, dans un intervalle lucide, la capacité pour être témoin, cependant, il nous paraît d'une sage prudence, de ne pas prendre un tel témoin, car, qui peut être bon juge d'un intervalle lucide ? et ce serait aller certainement au-devant d'une objection que de le faire.

Les témoins, ainsi qu'on le verra ci-après, pouvant être pris hors du ressort territorial dans lequel le notaire peut instrumenter, celui-ci n'aura, en ce cas, que la ressource de l'interpeller, pour savoir s'il est interdit, et de men-

1. Bordeaux, 9 août 1829.

2. Dalloz, *op. loc.*, 3160 et suivants.

3. Cass., 10 mars 1829. D. 29.1.173. — Bordeaux, 7 août 1891. *Rev. du Not.*, n° 8597. — Vervins, 17 déc. 1885. *J. not.*, 23562. — Demolombe, t. XXI. — Laurent, t. XIII, p. 261. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2188.

4. Duranton, t. IX, p. 106. — Marcadé, article 980.

5. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II. — Troplong, t. III, n° 1678.

tionner cette interpellation dans le testament, le témoin n'ayant pas généralement sur lui d'acte de naissance sur lequel est mentionnée(1) l'interdiction et encore, faudrait-il, s'il en avait une expédition, que celle-ci soit tout récemment délivrée, ou sa carte d'électeur, que nous trouvons insuffisante.

La question de savoir si les témoins peuvent être pris hors de l'arrondissement ne se pose plus depuis que la loi du 12 août 1902 a modifié la loi de ventôse en décidant que le testament resterait soumis aux règles spéciales du Code civil, et, que pour être témoin instrumentaire, il faudrait être Français, majeur, savoir signer (2) et avoir la jouissance de ses droits civils, sans distinction de sexe, avec la seule restriction que le mari et la femme ne peuvent être témoins dans le même acte.

Donc les témoins testamentaires ne seront pas obligés de demeurer dans l'arrondissement, et les témoins certificateurs de l'identité du testateur, dont nous avons parlé dans le chapitre précédent, devront être connus du notaire, ce qui n'implique pas qu'ils demeurent dans l'arrondissement.

Mais, le notaire devra mentionner, dans le testament, le domicile du témoin ; les individus de même nom et prénoms sont nombreux, surtout à la campagne, et ce sera

1. Loi du 16 mars 1893.

2. Restriction de l'article 974 du Code civil pour les témoins testamentaires.

pour le notaire un moyen de les identifier, l'un pouvant être capable d'être témoin et l'autre ne l'étant pas (1).

2° INCAPACITÉS RELATIVES D'ÊTRE TÉMOIN. — L'article 975 du Code civil détermine les incapacités relatives et ne s'applique qu'au testament public.

L'article 975 a énuméré ces incapacités :

Ne pourront être pris pour témoins du testament par acte public, dit-il, ni les légataires à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus.

Sont donc incapables relativement d'être témoins :

1° Les légataires ;

2° Les parents ou alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement ;

3° Les clercs des notaires recevant le testament.

1° *Légataires*. — Les légataires sont incapables d'être témoins au testament les instituant, leur intérêt est trop grand à la validité du testament pour que leur impartialité ne soit pas suspectée, aussi la loi les écarte-t-elle dans tous les cas, toujours à quelque titre qu'ils le soient. Cette incapacité existe quelles que soient l'importance et la nature de la disposition, qu'il s'agisse d'un legs pur et simple ou con-

1. Cass., 1^{er} octobre 1810. — Limoges, 8 août 1821. — Bruxelles, 4 mars 1831.

ditionnel, particulier ou à titre universel, modique ou considérable (1), peu importe que le legs soit fait à titre de souvenir, comme par exemple celui d'un objet personnel ou de famille (2), ou qu'il soit à terme ou sous condition (3), le testament serait nul.

La forme employée pour faire la libéralité n'aura plus d'intérêt (4) ; que ce soit une reconnaissance de dette au profit d'un témoin testamentaire lorsque cette soi-disant reconnaissance est le seul titre de la dette, ou n'est qu'une libéralité déguisée (5) une remise de dette ou partie de dette (6), un legs déguisé par interposition d'un tiers (7), caché sous la forme d'un contrat onéreux, rémunératoire ou non, on a soutenu que l'incapacité des témoins disparaissait, lorsque le legs à eux fait était susceptible d'une appréciation en argent et était en fait purement rémunératoire (8).

Cette théorie a été vigoureusement combattue : le motif

1. Dalloz, *J. G. Disp. entre vifs*, 3179.

2. Cass., 13 décembre 1847. D. 48. 1. 128. — Dijon, 1^{re} avril 1874. D. 75 2. 84.

3. Bordeaux, 14 juillet 1807.

4. Colmar, 10 mars 1832. S. 32. 2. 499. — Coin-Delisle, art. 980. — Vazeille, art. 975. — Duranton, t. IX, n° 118. — Demolombe, t. XXI. — Aubry et Rau, t. VII. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II.

5. Bordeaux, 3 avril 1841. Dalloz *J. G. Disp.*, n° 3179.

6. Riom, 23 mai 1855 : a été déclaré nul le testament authentique auquel a concouru comme témoin la caution de l'un des débiteurs, du testateur, lequel avait imposé à l'héritier institué, la condition de ne réclamer les créances de la succession qu'à partir d'un certain délai, et de n'exiger les intérêts qu'à partir du décès, cette disposition constituant un véritable legs au profit des débiteurs et de leur caution.

7. D. *J. G. Disp.*, n° 3186.

8. Delvincourt, t. II, p. 314. — Toulier, t. I. n° 398.

d'exclusion du légataire étant son intérêt personnel à la validité du testament, cet intérêt existe pour le témoin même dans le cas de legs rémunératoire, ne serait-ce qu'une évaluation plus élevée dans le testament, ou bien le défaut de preuve pour le témoin. Un testament contenant un legs rémunératoire a été annulé (Requête, 31 mars 1885), attendu que le testateur, qui avait légué une somme au témoin, pour soins, n'avait pu le faire au début de sa maladie qui pouvait se prolonger, pour régler des services dont il ne pouvait connaître la durée.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes sur ce point, et annulent tous les testaments contenant legs à l'un des témoins (1). Mais pourqu'il y ait nullité il faut qu'il s'agisse d'un véritable légataire et qu'il y ait libéralité.

Ainsi, les exécuteurs testamentaires sont parfaitement capables de figurer comme témoins dans le testament les nommant, si toutefois aucune libéralité à leur profit n'a été consentie par le testament. Ainsi, nul, le testament où figurera comme témoin l'exécuteur testamentaire, ou son

1. Fuzier-Hermann, Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, p. 144. — Coin-Delisle, 980, n° 31. — Duranton, t. IX, n° 119. — Aubry et Rau, t. VII. — Saintespès-Lescot, t. IV n° 1104. — Demolombe, t. XXI, n° 201. — Marcadé, art. 975. — Huc, t. VI. — Bayle-Mouillard, t. II. — Troplong, t. III n° 1599. — Laurent, t. XIII, n° 27. — Carnoy, *Des incapacités relatives de disposer et de recevoir à titre gratuit*, p. 241. — Riom, 8 juin, 1844. S. 44. 2. 618. — Grenoble, 6 août 1846. D. 47. 2. 178. — Douai, 9 nov. 1846. D. 47. 2. 178. — Cass. Req., 7 juillet 1847. D. 47. 1. 268. — Nîmes, 7 nov. 1848. D. 49. 2. 18, et 13 nov. 1856. D. 58. 2. 113. — Cass. Req., 5 février 1872. D. 72. 1. 226. — Dijon, 1^{er} avril 1874. D. 75. 2. 84. — Cass., 31 mars 1885. D. 85. 1. 407.

parent ou allié au degré prohibé, si l'exécuteur testamentaire est gratifié, si minimement que ce soit, toute gratification étant considérée comme un legs (1) ; également nul, le testament qui aurait pour objet une libéralité à un témoin, cachée par l'interposition d'un tiers ou par le déguisement, sous la forme de contrat onéreux (2) ; mais, sera valable, le testament instituant le témoin tuteur des enfants du testateur, et conseil de tutelle à la femme survivante (3).

Tous les auteurs sont d'accord sur ce point (4).

Il faut qu'il y ait libéralité : la Cour de cassation admet que c'est là une question de fait qu'il appartient aux juges souverainement d'apprécier (5), libéralité adressée personnellement à l'individu dont on allègue l'incapacité ou qui est censé la causer.

Ainsi, dans un testament, le testateur satisfait de son régisseur, désire que son légataire universel le conserve à son service pendant deux ans après son décès, ou lui donne et lègue deux ans de gages en sus de ceux dus lors du renvoi ; sur la demande en nullité, pour ce motif qu'il y avait legs au régisseur, témoin au testament, la Cour de

1. Paris, 5 février 1833. S. 32. 2. 178. — Defrenois, n° 11237. — Duranton, t. IX, n° 395. — Troplong, t. III, n° 1601. — Demolombe, t. XXI. — Aubry et Rau, t. VII. — Huc, t. VI. — Planiol, *D. C.*, t. III.

2. Dalloz. *J. G. Disp. entre vifs*, n° 3186.

3. Demolombe, Delvincourt, t. II, ch. III, n° 5.

4. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, p. 144. — Demolombe, t. XXI, n° 206. — Aubry et Rau, t. VII, p. 118, § 670.

5. Cas., 4 août 1851. D. 51. 1. 220. — 10 août 1853. D. 53. 1. 341. — 31 mars 1885, précité.

cassation, Chambre civile, 4 août 1851. D. 51. 1. 220, décida qu'il y avait legs, d'abord, parce que c'était l'expression dont s'était servi le testateur, et ensuite qu'en cas de renvoi, il y aurait eu une libéralité à prendre sur le montant de la succession, annula le testament et renvoya la cause à la Cour d'Agen ; celle-ci sur renvoi valida le legs sur ce motif : qu'il y avait convention synallagmatique entre le *de cuius* et son régisseur ; ce contrat étant fait pour un temps non déterminé, le régisseur, au cas de brusque renvoi, avait droit à des dommages et intérêts et que c'étaient des dommages et intérêts que le testateur avait accordés et qu'il n'avait pas fait un legs.

Sur nouveau pourvoi, la Cour de cassation décida, toutes Chambres réunies, par arrêt du 10 août 1853. D. 53. 1. 341, que la Cour d'Agen avait valablement jugé, et le testament se trouva valable.

Ainsi encore, il n'y aurait pas legs, s'il n'y avait pas gratification (1).

Si les témoins ne sont intéressés à la validité du testament, que comme faisant partie d'une communauté, le testament sera valable (2). Ces arrêts jugent qu'un prêtre peut être témoin dans un testament qui contient des

1. Cass., 17 janvier 1810. D. J. G. Disp. entre vifs, n° 3181, n° 4.

2. En ce sens Ricart, t. I, n° 554, cite un arrêt qui ordonna l'exécution d'un testament reçu par un notaire de Nogent-le-Rotrou en présence de témoins, quoiqu'il contint un legs universel au profit des habitants de cette ville. — Troplong, *des Donations et testaments*, n° 1600. — Merlin, *Légataires*, p. 764. — Liège, 23 juillet 1806. — Deville, 2. 1. 159. — Cass., 11 septembre 1809.

dispositions en faveur de l'église qu'il dessert. Le Parlement de Paris avait rendu un arrêt semblable en février 1746.

Les ecclésiastiques pourront être témoins, les legs en faveur de leur église n'étant pas considérés comme faits en leur faveur (1).

Les legs rémunératoires proprement dits, c'est-à-dire ceux qui sont moins une libéralité que le prix de services, appréciable en argent, et pour lesquels le prétendu légataire aurait une action pour obtenir paiement, produisent-ils l'incapacité de l'article 975 ?

La question est controversée, il faut donc s'abstenir (2).

Une jurisprudence énorme serait à citer dans tous les sens, il suffit qu'il ressorte de ce que nous venons de dire, que le principe soit bien posé : pour que le témoin puisse valablement assister à un testament, il ne faut pas que, directement ou indirectement, et sous quelque déguisement que ce soit, on puisse induire une libéralité.

2° Parents ou alliés des légataires. — L'article 975 atteint non seulement les légataires, mais frappe leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement. La règle a donc la même portée que pour les légataires (3) et le motif qui les fait écarter est le même ; pour les parents, la prohibition va jusqu'au rang de cousin ger-

1. Dalloz, *J. G. Disp.*, 3181-2°. — Liège, 23 juillet 1806.

2. Dalloz, *J. G. Disp. entre vifs*, n° 3183. D. 51. 1. 221, n. 1. — 4 avril 1851. D. 51. 1. 221. — Req., 13 1847. D. 48. 1. 128.

3. Dijon, 1^{er} avril 1874. D. 75. 2. 84. — Cass., 31 mars 1885 précité.

main, grand-oncle ou petit-neveu. Donc, aucune difficulté sur ce point, nous renvoyons, d'ailleurs, à ce qui a été dit plus haut, de la capacité du notaire relativement à la parenté.

Quant à l'alliance, la question est plus délicate, et a donné lieu à plusieurs controverses :

L'on s'est demandé si le conjoint du testateur devait être compris parmi les alliés au degré prohibé.

L'affirmative pour nous n'est pas douteuse : le conjoint est la source de toute alliance et l'on ne comprendrait pas qu'on lui reconnût une capacité refusée aux alliés (1).

L'on s'est encore demandé si cette incapacité subsistait après le décès du conjoint créant l'alliance, alors même qu'il n'existerait pas d'enfants issus du mariage dissous, ou en cas de remariage de l'époux survivant ou divorcé. La majorité des auteurs et la jurisprudence se prononcent pour l'affirmative (2).

Cette prohibition ne doit pas être étendue aux alliés des alliés (3), non plus qu'au tuteur du légataire, ou au tuteur nommé par le testateur à un de ses descendants (4).

1. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2196. — Dalloz, *J. G. Disp. entre vifs*, 3199. — Sens contraire : Laurent, t. XIII, 275.

2. Cass., 16 juin 1834. S. 34. 1. 729. — Nîmes, 28 janvier 1831. S. 31. 2. 292. — Bordeaux, 14 mars 1843. S. 43. 2. 311. — Agen, 22 novembre 1853. D. 55. 2107. — Coin-Delisle, Bayle-Mouillard, Saintespès-Lescot, Aubry et Rau, Demolombe, Huc, Carnoy, Michaux, Baudry-Lacantinerie et Colin, Fuzier-Hermann, Griffond, Séjournant. — Sens contraire : Laurent précité, et Paris, 12 mars 1830.

3. Riom, 26 février 1813. — Paris, 26 janvier 1803. — Defrenois, 1904, n° 13796.

4. Dalloz, *J. G. Disp. entre vifs*, n° 3205.

3^e *Clercs des notaires qui reçoivent le testament.* — A côté des légataires, de leurs parents ou alliés jusqu'au quatrième degré, l'article 975 exclut encore, comme incapables d'être témoins, les clercs des notaires qui reçoivent le testament.

Cette incapacité s'explique par l'état de dépendance du clerc à l'égard des notaires, et surtout par crainte que les notaires n'abusent dans la pratique de la faculté de prendre leurs clercs comme témoins (1).

Des difficultés fréquentes ont été soulevées relativement au point de savoir qui l'on doit comprendre comme clercs de notaire : c'est une question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux jugeant du fond de l'affaire (2).

Ainsi il a été jugé par la Chambre des requêtes, 25 janvier 1858, qu'on entendait par clerc de notaire l'individu travaillant habituellement chez un notaire, amateur, stagiaire ou non, rétribué ou non ;

Que celui qui fait chez lui des expéditions payées au rôle, n'est pas considéré comme clerc (3), ou qui les fait chez le notaire par intervalles, mais qui d'ordinaire se livre à des opérations commerciales (4).

Il ne faut pas perdre de vue non plus que le texte porte

1. Baudry-Lacantinerie.

2. Demolombe, t. XXI. — Aubry et Rau, Huc, Saintespès-Lescot, Rolland de Villargues, Édouard Clerc, Baudry-Lacantinerie et Colin, Laurent, Michaux, Fuzier-Hermann. — Cass., 25 janvier 1858, D. 58. I. 63.

3. Rennes, 20 novembre 1868. *Journal du not.*, article 19865.

4. Grenoble, 7 avril 1817. — Colmar, 4 novembre 1857. D. 59. 2. 129.

clercs *des* notaires : donc il n'y aura pas, au cas où le testament sera reçu par deux notaires, à distinguer les clercs du notaire, gardant la minute ou rédigeant le testament ; les clercs de l'un ou de l'autre sont incapables d'être témoins.

Voilà donc les trois prohibitions édictées par l'article 975 du Code civil : légataires, parents ou alliés des légataires au quatrième degré, clerc des notaires. L'on s'est demandé, si, ici, il n'y aurait pas à faire intervenir encore la loi de ventôse dont l'article 10 prononce d'autres incapacités :

Les parents ou alliés, soit du notaire, soit des parties contractantes au degré prohibé par l'article 8, c'est-à-dire jusqu'au degré d'oncle à neveu, leurs clercs ou leurs serviteurs ne pourront être témoins.

Examinons chacun de ces cas

1^o Serviteurs ou domestiques soit du testateur, soit du légataire ;

2^o Parents ou alliés du testateur ;

3^o Parents ou alliés du notaire ou ses domestiques.

1^o *Serviteurs ou domestiques du testateur ou du légataire.* — La majorité de la doctrine et la jurisprudence admet la capacité des serviteurs ou des domestiques du testateur ou des légataires (1), à condition de ne point être

1. Caen, 4 décembre 1812. — Cass., 3 août 1841. D. 41.1.321. — Cass. belge, 22 janvier 1858. — Grenoble, 12 juillet 1858. — Liège, 1^{er} juillet 1856. — Laurent, Demante, Aubry et Rau, Demolombe, Huc, Baudry-Lacantinerie, Fuzier-Hermann, Troplong, Coin-Delisle, Delvincourt. — Sens contraire, Duranton, Rolland de Villargues,

légataires : la prohibition, dit l'arrêt de la Cour de Caen, ne s'appliquant d'après la loi de ventôse que dans les cas pour lesquels le Code n'a point édicté de dispositions spéciales.

2° Parents ou alliés du testateur. — Les parents ou alliés du testateur, s'ils ne sont ni légataires, ni parents ou alliés d'aucun des légataires, peuvent assister au testament comme témoins (1).

Ainsi un testament n'est pas nul parce que au nombre des témoins figure un parent au degré prohibé par la loi de ventôse (2).

Rien donc ne fait obstacle à ce que le neveu soit témoin au testament de son oncle, le père au testament de son fils ou inversement ; l'époux non légataire pourrait même figurer comme témoin au testament de son conjoint (3).

3° Parents, alliés ou domestiques du notaire. — Cette question est vivement controversée et la jurisprudence flottante à ce sujet : les uns prétendant que l'article 10 de la loi du 25 ventôse an XI ne s'applique pas au testament. Les autres soutenant qu'au contraire cette loi est appli-

1. En ce sens : Demolombe, Merlin, Toullier, Duranton, Vazeilles, Coin-Delisle, Bayle-Mouillard, Troplong, Aubry et Rau, Massé et Vergé, Demante.

2. Metz, 23 mars 1820, Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, 3202.

3. Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, 3203.

cable ; donc, selon les uns c'est l'incapacité (1), selon les autres c'est la capacité (2).

Dans le doute il vaudra mieux s'abstenir de prendre de tels témoins, l'article 975 n'étant limitatif qu'au gré de la jurisprudence.

Il nous reste encore à examiner si la parenté entre les témoins ou l'alliance est un motif d'incapacité pour eux.

La doctrine et la jurisprudence semblent définitivement fixées sur ce point ; le concours de plusieurs témoins, parents ou alliés entre eux, au degré les plus rapprochés, n'est pas prohibé : ainsi deux frères pourront assister comme témoins au même testament (3) ; seulement ce concours pourrait devenir une présomption de fausseté ou de suggestion (4).

Dans tous les cas, par prudence, nous croyons qu'il serait sage de ne pas prendre comme témoins des individus à qui la loi de ventôse, bien qu'inapplicable ici, ne reconnaît pas la capacité d'être témoins instrumentaires ; ils éviteront

1. Merlin, Grenier, Toullier. — Colmar, 15 mars 1826, Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, n° 3206.

2. Demolombe, Aubry et Rau, Laurent, Huc, Baudry-Lacantinerie et la majorité des auteurs. — Caen précité. — Cass. belge, 22 janvier 1858. — Grenoble, 12 juillet 1878. — Bruxelles, 4 mars 1831, Dalloz, *J. G.* Disp. entre vifs, n° 3210-2°.

3. Dalloz, *J. G.* Disp. entre vifs, 3204. — Bruxelles, 25 mars 1806, Dalloz, *J. G.*, *id.* 3204, la prohibition n'est édictée par aucun texte.

4. Dalloz, *J. G.* Disp. entre vifs, 3204. Favart disait au Tribunal : Les témoins ne doivent pas même être parents entre eux, cette prohibition est fondée sur le même motif qui les exclut, lorsqu'ils sont parents des parties contractantes, les témoins doivent être, comme les notaires, à l'abri de tout soupçon personnel. Avis individuel sans autorité, dit Demolombe.

ainsi toute question d'incapacité de surgir, toute interprétation possible de textes quelquefois controversés, en un mot un procès avec son aléa.

III. — *Sanction des incapacités des témoins.*

L'article 1001 du Code civil dispose que : les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions des sections I et II des dispositions testamentaires doivent être observées à peine de nullité.

La capacité des témoins requis est une question substantielle du testament, si cette capacité fait défaut à l'un ou à l'autre des témoins, le testament sera nul.

La loi ne l'exigeant pas, il n'y a pas pour le notaire, à mentionner la capacité des témoins ; c'est à celui qui allègue cette incapacité d'en démontrer l'existence (1).

La nullité du testament résultant de l'incapacité d'un témoin porte-t-elle sur la totalité du testament ?

On a soutenu que ce serait dépasser les motifs de l'article 975 du Code civil, que d'étendre à tout le testament la nullité résultant de ce fait que, parmi les témoins, figurait soit un légataire, soit un de ses parents ou alliés, et l'on a proposé d'annuler seulement les dispositions faites en faveur des témoins, de leurs parents ou alliés au degré prohibé, le surplus du testament restant valable.

Mais, dit M. Baudry-Lacantinerie, la doctrine et les

1. Aubry et Rau, 7, p. 120. — Laurent, 13288. — Troplong, 31.685. — Demolombe, 4, 219. — Fuzier-Hermann, Baudry-Lacantinerie et Colin, 2, 15, 147, n° 1208. — Douai, 12 juillet 1838. S. 39. 2. 256.

auteurs s'accordent avec raison à repousser cette opinion. La présence des témoins capables est, en effet, une des solennités substantielles du testament, et dès qu'un témoin est incapable, l'acte est vicié dans sa substance et parant nul pour le tout (1).

Cependant si un plus grand nombre de témoins qu'il n'est prescrit par la loi a assisté à la confection du testament, et si l'un ou plusieurs d'entre eux sont frappés d'incapacité, à quelque titre que ce soit, alors que le nombre des témoins restant capable de l'être, était égal à celui exigé par la loi, le testament ne sera pas annulé : c'est l'avis général de la doctrine (2).

IV. — *Capacité putative des témoins*

Lorsque des témoins réputés capables sont incapables, l'erreur sur leur qualité peut-elle couvrir la nullité résultant de leur incapacité réelle ?

Cette question, vivement agitée, a soulevé de longue date une controverse très vive, qui n'est pas encore complètement tranchée.

1. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II. — Duranton, t. IX, n° 120. — Troplong, t. III, n° 1607. — Demante, t. IV, n° 120. — Demolombe, t. XXI, n° 221. — Aubry et Rau, t. VII, § 670. — Laurent, t. XIII. — Fuzier-Hermann, sur l'article 975. — Dalloz, *J. G. Disp. entre vifs*, 3190 et *Code civil annoté*, D. C. article 975, 48.

2. Baudry-Lacantinerie, Toullier, n° 406. — Duranton, 9, n° 21. — Aubry et Rau, 7, p. 122. — Demolombe, Don. 4, n° 223. — Dalloz, *J. G., Disp. entre vifs et testament*. — Fuzier-Hermann, sur l'article 975.

Sans remonter au droit romain (1), ni à notre ancien droit (2), le Conseil d'État, le 2 juillet 1807, a rendu un avis inséré au *Bulletin des lois* reprenant la théorie de notre ancien droit : *error communis facit jus*, trancha un point spécial d'administration communale : de tous temps, dit-il, dans toutes les législations, l'erreur commune ou la bonne foi, ont suffi pour couvrir dans les actes, et même dans les jugements, des irrégularités que les parties n'avaient pu prévoir ni empêcher.

D'après cette théorie, serait capable le témoin incapable considéré capable par l'opinion publique.

Se basant sur cet argument, M. Laurent (3), la majorité des auteurs (4), et la jurisprudence, admettent qu'un témoin ayant la possession d'état de capacité, est capable et cela, malgré le silence des textes, de telle façon que le notaire et le testateur qui l'ont choisi ou accepté, ont été victimes d'une erreur invincible.

Qu'entend-on par erreur invincible?

Suivant les uns, ce sera en cas d'incapacité résultant de la privation des droits politiques ou des droits civils et non du vice de parenté ou du défaut d'âge (5), l'erreur

1. *Institutes liber*, 2, titre X, § 7 de test. ord.

2. Pothier, introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans, n° 14. — Furgole, chap. III, sect. II, n° 7.

3. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II. — Demolombe, t. IV. — Aubry et Rau, t. XIII, n°s 281 et suiv.

4. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II. — Demolombe, t. IV. — Aubry et Rau, t. VII, p. 121, § 670. — Cass., 4 février 1850. D. 501. 108 et 1^{er} juillet 1874. D. 75. 1, 157.

5. En ce sens, Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1208. — Grenier, t. II,

commune découlant difficilement d'une telle sorte de possession d'état qui serait facile à détruire si elle existait réellement.

Cette doctrine n'est pas satisfaisante, la majorité de la doctrine (1) admet que la capacité putative peut provenir soit d'un cas, soit d'un autre, pourvu que la bonne foi de ceux qui ont employé le témoin soit fondée sur des documents les plus authentiques, principalement sur des actes de l'autorité publique, tels que l'inscription de témoins sur les listes électorales ou sur celles du jury.

La jurisprudence s'est déclarée en ce sens, ainsi : aura la capacité suffisante le témoin incapable, qui a voté ou a été juré (2), le témoin qui s'est marié avec la qualité de Français, ou a joui, de notoriété publique, de la qualité de Français (3) ; le témoin qui, né de parents français, en France, naturalisé Anglais avec ses parents pendant sa minorité, a continué de résider en France, s'y est marié avec une Française, et a inscrit à l'état civil ses enfants comme Français, a voté et a exercé des fonctions publiques (4).

n° 256. — Demolombe, t. II, p. 83. — Toullier, t. III, n° 407. — Coin-Delisle, art. 980;

1. Merlin, *Rép.* 19, § 2, n° 9, témoins instrumentaires, § 2, n° 3, 26 et Bayle-Mouillard, t. II, n° 256, note. — A. Duranton, t. VIII, n° 109. — Troplong, t. III, n° 1686-1687 et Aubry et Rau, Massé et Vergé, Demante, Demolombe, etc...

2. Req., 9 mars 1874. D. 74. 1. 412. — Douai, 12 août 1873. D. 75. 1. 157. — Dalloz, *J. G.*, Disp. 3216-1°.

3. Dalloz, *J. G.*, Disp., 3213-20.

4. Cass., 16 janvier 1874. D. 75. 1. 39.

Voici donc une série d'actes suffisants pour couvrir la nullité du testament; au contraire, sont insuffisants les faits de payer une cote personnelle, d'être domicilié dans le pays depuis longtemps, de s'y être marié (1).

Le tribunal de Vervins (2) a décidé qu'un témoin ne saurait avoir la possession d'état de Français, qui n'a jamais affirmé être de nationalité française, par une série d'actes, ni même par un de ces actes, service militaire, éligibilité, droit de vote, qui ne pouvaient être accomplis que par des Français et constituent, au profit de celui qui les fait, une possession d'état certaine qui dispense les gens les plus avisés de s'informer, et permet aux moins clairvoyants, de croire sérieusement et de dire que telle personne est Française.

De même, la parenté au degré prohibé entre les témoins d'un testament authentique et quelqu'un des légataires peut ne pas entraîner la nullité du testament, si les juges reconnaissent qu'il y a eu impossibilité pour le notaire et les parties de vérifier l'existence de cette parenté et spécialement un testament authentique renfermant des legs particuliers au profit de tous les filleuls, de soixante francs chacun, sans désignation nominative, n'a pas été annulé par la Cour de cassation, arrêt du 31 juillet 1834. S. 34. 1. 452, alors qu'il est constaté que le grand nombre de filleuls et filleules, a rendu impossible la véri-

1. Cass., 24 juillet 1839, rejet. — Dalloz, *J. G.*, Disp., n° 2316-2°. — Bruxelles, 8 mai 1844. Dalloz, *J. G.* Disp., n° 2316-3°.

2. 1^{re} février 1901. *Gazette des Trib.*, 5 septembre 1901, p. 812.

fication du fait de cette parenté, au moment de la confection du testament, et qu'il y a eu là erreur invincible ; et le testament fut validé (1).

Les décisions sur ce point ne peuvent donner ouverture à cassation.

Donc, en cas de capacité putative le champ libre est laissé aux tribunaux juges du fond, pour l'appréciation de l'invincibilité de l'erreur ; aussi les notaires feront-ils bien de ne fonder leur croyance à une possession d'état que si le témoin a accompli une série de nombreux actes, de nature à ne faire illusion à personne, si de notoriété publique, il a accompli des actes, s'est comporté et tenu comme s'il avait les qualités requises par la loi. La capacité putative s'établit non seulement par la croyance générale et la notoriété publique, dit Troplong, mais encore par une série d'actes qui lui donnent de la consistance, et forment comme une possession d'état.

Donc, quelle que soit la nature de l'incapacité, relative ou absolue, son effet, dès qu'il est établi qu'il y a incapacité, est d'annuler le testament tout entier, par application de l'article 1001 du Code civil, pour défaut de forme.

La jurisprudence se montre sévère sur toutes ces questions de capacité et il est incontestable, dit M. Baudry-Lacantinerie, que dans toute cette matière, la stricte observation des articles 975 et 980 du Code civil s'impose à la vigilance des notaires et ceux-ci seraient certainement

1. Même sens, Metz, 23 mars 1865.

responsables des fautes ou des négligences qu'on pourrait leur imputer dans le choix de témoins incapables dont la présence entraînerait la nullité du testament (1).

Mais ce n'est seulement que de leurs fautes ou négligences en cette matière, que les notaires peuvent avoir à répondre.

Un témoin est-il incapable sans qu'aucune faute soit imputable au notaire, soit parce que le notaire a fait toutes les diligences nécessaires pour vérifier sa capacité, soit parce que c'est le testateur qui l'a lui-même choisi, le notaire ne saurait être responsable de la nullité qu'entraînerait la présence de ce témoin.

Il y a là, à ce point de vue, une appréciation des circonstances et des faits de la cause, qui est souverainement faite par les juges du fond.

Dans tous les cas, le témoin n'encourt aucune responsabilité, en ne signalant pas l'incapacité dont il peut être atteint, assistant gratuitement à la confection du testament, il n'est en aucune façon tenu de veiller personnellement à la régularité de l'acte qui s'accomplit sous ses yeux ; il n'a donc pas à vérifier l'aptitude qu'il a à y figurer. Aussi, c'est vainement qu'on chercherait une base à la responsabilité qu'on voudrait mettre à sa charge, cette base ne pourrait exister qu'autant qu'on relèverait à la charge du témoin des déclarations faites sciemment dans le but de tromper la vigilance du notaire (2).

1. Cass., 15 janvier 1835. S. 35. 1. 535 ; 5 février 1872. D. 72. 1. 225.

2. Cass., 16 janv. 1835. S. 35. 1. 535. — 5 février 1872. D. 72. 1. 225.

La vigilance du notaire !

Il nous reste à étudier quelles responsabilités il peut encourir du défaut de capacité des témoins et quels moyens sa vigilance lui donne pour les écarter et assurer ainsi la validité du testament.

IV. — *Responsabilité du notaire relativement aux incapacité des témoins testamentaires. — Moyens de les éviter.*

Quelle responsabilité encourt le notaire rédacteur d'un testament authentique, annulé pour cause d'incapacité d'un témoin testamentaire ?

Nous savons, pour l'avoir établi dans notre introduction, que les notaires sont responsables de la nullité des actes qu'ils ont reçus, toutes les fois que les cours et les tribunaux, juges du fond, déclarent que la cause de la nullité provient de la faute, de l'imprudence et de la négligence du notaire.

Il nous faut donc ici rechercher quand et comment le notaire, relativement à la capacité des témoins, ne pourra être jugé ni fautif, ni imprudent, ni négligent.

Ce sera toujours, nous le répétons, une question de fait, aussi est-il impossible d'établir des règles fixes et précises : il faudra toujours s'en tenir à des règles générales, que la

— Chambéry, 8 février 1875. D. 75. 2. 84. — Cass., 31 mars 1885. S. 88. 1. 116.

vigilance du notaire et l'éveil de son esprit averti devront approprier aux circonstances.

Avant de voir ce que doit faire le notaire, nous tiendrons pour constant, conformément à la jurisprudence, que la responsabilité du notaire est la même et est aussi grande, que les témoins soient choisis par lui ou par le testateur (1), qu'il s'agisse de capacité absolue ou de capacité relative. (Un arrêt de la Cour de Toulouse, 23 juin 1838, précité, suivi par quelques auteurs, rendait le notaire responsable en cas d'incapacité absolue et non responsable en cas d'incapacité relative, nous n'avons trouvé aucun autre arrêt en ce sens.)

I. — Le notaire ne devra prendre que des témoins qu'il connaît, ou sur la capacité desquels il n'aura aucun doute, et encore faudra-t-il que le notaire fasse bien attention, car ce ne sera souvent que lorsque le testateur aura fini de dicter ses dispositions, que le notaire pourra savoir si le témoin est ou non parent ou allié au degré prohibé avec un légataire et, le sachant, le notaire serait fautif s'il faisait signer le testament (2).

L'on a soutenu qu'en ce cas, une seule raison pourrait atténuer dans une certaine mesure la responsabilité du

1. Req., 7 juillet 1847. D. 47. 1. 268. — Nîmes, 7 nov. 1848. D. 49. 2. 18. — Cass, req., 5 fév. 1872. D. 72. 1. 226 et 31 mars 1885. D. 85. 1. 407, Dalloz. J. G., Resp. 441. — Sens contraire : Toulouse, 26 juin 1830. D. 37. 2. 177.

2. Cass, req., 15 janv. 1835. D. 35. 1. 126. — Riom, 8 juin 1844. D. 45. 2. 28. — Agen, 22 nov. 1853. D. 55. 2. 107. — Douai, 2 juillet 1851. D. 53. 2. 126. — Cass., 4 mai 1875. D. 75. 1. 383. — 31 mars 1885. D. 85. 1. 407.

notaire : croire, tout en sachant le degré de parenté par exemple avec un légataire, que sur ce point il y a controverse sérieuse : que la parenté n'existe plus et n'est pas un obstacle à la capacité ; tel était le cas par exemple avant l'arrêt de Douai du 2 juillet 1851, précité, décidant que le décès de la personne qui produisait l'alliance ne rendait pas capable, et des notaires furent déclarés non responsables de la nullité du testament (1). Mais actuellement la question est tranchée par l'arrêt de Douai dont nous venons de parler, et cet argument ne pourrait être avancé par le notaire dans ce cas. Au surplus, nous avons vu dans le cours de ce chapitre, relativement à chaque cause d'incapacité, lesquelles étaient controversées ; mais bien que des notaires aient été acquittés, attendu qu'il y avait controverse sérieuse, nous leur conseillerons, dans tous les cas où il y a controverse, de s'abstenir de prendre un tel témoin, à moins, comme nous le verrons tout à l'heure, qu'il y ait urgence ou grande difficulté à se procurer d'autres témoins.

II. — Le notaire connaissant parfaitement les témoins et ne leur connaissant pas de causes d'incapacité, devra-t-il s'en tenir là et ne pas rechercher s'ils sont vraiment capables ?

La jurisprudence est plus exigeante, et a déclaré responsable un notaire, pour ne pas avoir prévenu les témoins qu'ils étaient réunis pour assister à la confection d'un tes-

1. Bordeaux, 14 mars 1843. D. 43. 2. 77.

tament (1), et que pour être témoin il faut avoir la capacité de l'article 980 du Code civil, soit : s'ils sont Français, majeurs, époux entre eux, et s'ils jouissent de leurs droits civils, s'ils ne sont pas sourds, muets, aveugles, sachant signer, s'ils connaissent la langue dans laquelle va s'exprimer le testateur et dans certains cas, le français, ces interpellations seront faites individuellement, et, dès que le testateur aura dicté ses dispositions, le notaire devra individuellement encore, pour chaque témoin, lui demander s'il n'est pas parent ou allié au degré prohibé par la loi avec un légataire, article 975 du Code civil (2).

III. — Le notaire ne devra pas non plus s'en tenir à la déclaration que les témoins lui feront sur l'interpellation : il devra les éclairer, leur donner toutes les explications nécessaires pour qu'ils puissent faire une réponse utile, c'est-à-dire en connaissance de cause, de manière qu'on ne puisse jamais dire que si le témoin a fait telle réponse,

1. Nîmes, 7 nov. 1848. D. 49. 2. 18.

2. Il y a sur ce point une très nombreuse jurisprudence : Cass. req., 7 juillet 1847. D. 47. 1. 268 — Lyon, 3 janv. 1842. D. J. G., Resp. 442-1^o. — Metz, 23 nov. 1852. D. 54. 2. 116. — Req., 5 fév. 1872. D. 72. 1. 226. — Dijon, 1^{er} avril 1874. D. 75. 2. 84. — Chambéry, 8 février 1875. D. 75. 2. 85. — Cass., 6 juin 1901. Dans ce dernier arrêt il s'agissait d'un témoin âgé de vingt ans et onze moins et demi qui, interpellé par le notaire sur le point de savoir s'il était majeur, répondit affirmativement. La Cour de Rennes, 15 février 1900, puis la Chambre des requêtes, ne considérèrent pas le notaire couvert suffisamment par la déclaration du témoin. Dans cette partie de Bretagne, les jeunes gens se considèrent majeurs dès leur tirage au sort, le notaire a donc manqué à son devoir en n'expliquant pas au témoin que la majorité civile n'est acquise qu'à vingt et un ans révolus et il fut condamné.

c'est qu'il ignorait telle chose, se faire certifier l'identité des témoins par deux témoins certificateurs comme le voulait la Cour de Grenoble (1) est suffisant, relativement à certaines incapacités, mais il nous semble bien que le notaire ne serait pas suffisamment couvert si même dans ce cas il n'avait pas donné les explications suffisantes et aux témoins testamentaires et aux témoins certificateurs ; ainsi, par exemple, si le notaire se fait certifier que le témoin n'est pas parent au degré prohibé avec un légataire, nous ne le jugerions couvert que si, préalablement, il avait bien expliqué aux témoins certificateurs ce que la loi entendait par quatrième degré et que, s'il s'était contenté de leur faire certifier que tel témoin n'est pas parent au quatrième degré avec le légataire, il ne serait pas couvert.

Mais ces exigences de la jurisprudence ne conduisent-elles pas à des impossibilités ? Il le semble, car trouver des témoins certifiant que telle personne n'est pas parente ou alliée jusqu'à tel degré avec une autre, surtout dans une ville, est presque impossible.

IV. — Le notaire devra donc interpellier les témoins comme nous venons de le dire avant et aussitôt le testament dicté, et il devra mentionner que ces interpellations ont été faites après explications et que les réponses ont été données ; ce n'est qu'alors et si la déclaration d'un témoin

1. 6 août 1846. D. 47. 2. 718.

était reconnue fausse qu'on écarterait, selon nous, la responsabilité du notaire.

V. — Et encore, il ne faudrait pas que le notaire ait à sa disposition des moyens d'investigation faciles, comme par exemple de demander aux témoins leur carte d'électeur, leur acte de naissance, leur livret de famille, leur livret militaire ; et le notaire fera bien de mentionner dans le testament et la demande qu'il a faite et les pièces qui lui ont été produites, et alors les juges du fond apprécieront si, d'après la mention faite de ces investigations, il a été satisfait aux exigences de la jurisprudence (1).

VI. — Si le notaire ne connaît pas de témoins dont il soit certain de la capacité, dans le sens de l'article 980 du Code civil, nous lui conseillerons de demander au testateur de désigner des témoins en prévenant le testateur des conditions de capacité exigées par la loi.

VII. — Mais même dans ce cas où les témoins sont choisis par le testateur, soit comme nous venons de le voir, à la demande du notaire, soit que le testateur les ait réunis lui-même avant l'arrivée du notaire, le notaire devra se livrer aux mêmes investigations, relativement à leur incapacité, que pour les témoins par lui choisis ; le notaire n'étant pas dispensé de s'assurer que les témoins remplissent les conditions légales par ce seul fait que les

1. Dijon, 1^{er} avril 1874. D. 75. 2. 81.

témoins ont été désignés par le testateur (1), il devra leur donner les mêmes explications, leur demander les mêmes pièces justificatives et mentionner dans le préambule du testament les interpellations, la manière dont ont été faites ces interpellations et la réponse de chacun.

Le notaire devra être plus prudent si les témoins sont choisis par un légataire.

XIII. — La possession d'état de capacité couvrira le notaire suffisamment (2), mais encore faudra-t-il que rien n'ait pu donner doute au notaire sur la capacité, auquel cas nous le croirions fautif pour investigation.

IX. — Le notaire devra mentionner dans le testament les difficultés rencontrées pour se procurer des témoins, par exemple s'il instrumente dans une ferme isolée, si le testateur est atteint d'une maladie contagieuse (3) ou si le testateur, étant à toute extrémité, il y a urgence, s'il a été appelé en hâte dans une partie de son ressort territorial éloignée, dont il ne connaît pas ou connaît mal les habitants (4).

1. Nîmes, 7 nov. 1848. — Voir également D. 72. 1. 225. — Chambéry, 8 février 1875. D. 75. 2. 85. — Req., 31 mars 1885, précité.

2. Nîmes, 8 janvier 1851. D. 54. 5. 660.

3. Nîmes, 13 nov. 1856. D. 58 2. 113. — Chambéry, 8 février 1875 et 31 mars 1885.

4. Chambéry, 8 février 1875. Cet arrêt tient compte de ce que : 1^o le testament a été fait en hâte ; 2^o loin de la résidence du notaire ; 3^o de l'honorabilité et de l'ancienneté du notaire pour diminuer la responsabilité de celui-ci ; mais ce jugement est une exception.

X. — Le notaire devra toujours, enfin, avant de clore, faire à nouveau une interpellation aux témoins, relativement au point de savoir s'ils sont capables, dans le sens de l'article 975 du Code civil, et insister sur ce que le Code civil entend par degré prohibé, et il devra faire mention du tout, comme nous l'avons dit plus haut.

XI. — Si après la confection du testament, le notaire s'aperçoit d'une nullité, il ne devra pas hésiter à faire refaire un autre testament si cela est possible (1).

Plus le notaire aura pris de précautions de forme, en ayant soin de les mentionner dans le testament, plus sa responsabilité sera atténuée (2). Aussi ne saurions-nous trop l'engager à le faire et nous pensons qu'il serait suffisamment couvert par ces triples mentions d'explications données, d'interpellations et de réponses reçues, car le notaire est obligé de prouver qu'il a fait sur la capacité des témoins toutes les recherches possibles, et s'il n'est pas légalement présumé en faute, dit M. Dalloz, le juge est toujours disposé à le supposer coupable de négligence, pourvu que quelques circonstances accusatrices lui soient signalées par le demandeur, à titre de preuves plus ou moins complètes, telle que par exemple l'absence d'interpellations aux témoins.

Or, aucun texte ne parle de cette interpellation (3), mais

1. Agen, 22 nov. 1853. D. 55. 2. 107.

2. Douai, 9 nov. 1846. D. 47. 2. 78. — Colmar, 26 déc. 1860. *Revue du Not.*, n° 56. — Grenoble, 12 août 1862. *Id.*, n° 373.

3. Si la loi avait prescrit cette interpellation, elle en aurait prescrit la

Le faire est une obligation imposée par la jurisprudence (4), elle constatera un fait matériel et ne permettra de recourir contre le notaire qu'en prouvant qu'il connaissait la cause d'incapacité ou qu'il lui eût été très facile de la connaître (5).

En résumé, avant la dictée du testament :

Interpeller individuellement et le testateur et chacun des témoins sur leur capacité dans le sens de l'article 980 du Code civil ;

Mentionner cette interpellation, toutes les explications données et les pièces justificatives fournies ;

Mentionner les réponses reçues.

Après la dictée du testament :

Faire les mêmes interpellations sur la capacité dans le sens de l'article 975 du Code civil ;

Mentionner cette nouvelle interpellation avec les explications données et les réponses reçues.

mention. Rolland de Villargues, *Rép. not., resp. des not.*, no 112. — Solon, *Des Nullités*, t. II, ch. section I, n° 238. — Vazeilles, *Des Don.*, t. II. — Pagès, *Resp des not.* D. 47. 2. 77. — Req., du 7 juillet 1837.

4. Douai, 28 août 1838. D. 39. 2. 71. — Cass., 7 juillet 1847, précité. — Nîmes, 13 nov. 1856. D. 58. 2. 113. Sens contraire : Chambéry, 8 février 1875, précité.

5. Même sens : Rau, *Rev. du Not.*, n° 3098.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVEMENT AUX SOLENNITÉS

CHAPITRE PREMIER

FORMALITÉS PRESCRITES PAR LA LOI DU 25 VENTOSE AN XI

Les formalités auxquelles sont soumises le testament par acte public, sont établies par le Code civil ; cependant, les dispositions de la loi de ventôse relatives aux formes sont applicables.

Avant d'étudier ces formes proprement dites, examinons la question de savoir si le testament peut être reçu en brevet, ou s'il doit en être gardé minute.

PREMIÈRE SECTION

Testament en minute ou en brevet

On entend par acte en minute, l'original des actes passés par un notaire et qui restent en son étude, dépôt public et

inviolable, afin qu'on ne puisse le soustraire, l'altérer, ou même le tenir secret, au préjudice d'autrui ; et par acte en brevet, celui dont l'original est remis aux parties, sans que dans l'étude il n'en reste d'autre trace que la mention portée au *Répertoire*.

L'article 931 du Code civil ne s'occupe que des donations en disant :

Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute sous peine de nullité.

Donc, pas un texte dans le Code civil n'oblige le notaire à recevoir en minute le testament par acte public. Mais, à cette lacune, la loi organique du notariat a suppléé :

Les notaires, dit l'article 20 de la loi du 25 ventôse an XI, seront tenus de garder les minutes de tous les actes qu'ils recevront. Ne seront néanmoins compris dans la présente disposition les certificats de vie, procurations, actes de notoriété, quittances de fermages de loyers, de salaires, arrérages de pensions et rentes et autres actes simples qui, d'après la loi, peuvent être délivrés en brevet.

On a prétendu que le testament pouvait être passé en brevet(1), l'article 931 ne s'appliquant qu'aux donations ; donc,

1. Merlin. *Rép.* V^o Notaire, § 5, n^o 6. — Favard de Langlade. *Rép.* V^o Acte notarié, §. 3. — Delvincourt, t. II, p. 300, n^o 2. — Massé, *Parfait notaire*, t. I, ch. 24. — Toullier, t. V.

si on n'a point parlé du testament, comme devant être fait en minute, c'est qu'il est possible de le passer en brevet... Conclusion simple, pour un si grave sujet, et sur ce que : l'article 20 sus-énoncé de la loi de ventôse autorisait ce mode sommaire pour les actes simples, et l'on appelle actes simples, ceux qui n'ont rapport à aucun titre ou acte et ne contiennent aucune obligation respective (1) ; or, tel est le cas des testaments qui ne reconnaissent ni ne modifient des titres antérieurs et qui forment par eux-mêmes des titres primordiaux, ne contenant, puisque le testateur ne s'oblige pas, aucune obligation, ni unilatérale, ni synallagmatique.

Dans l'ancienne jurisprudence, il arrivait parfois, dit Ferrières, bien que la règle fût pour les notaires de garder minute des testaments authentiques, que le notaire remettait au testateur le brevet original de son testament.

Le rapporteur de la loi de ventôse a défini d'une autre façon les actes simples ; ce sont, a-t-il dit, ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt en lui-même simple et passager (2) ; or, tel n'est plus le cas du testament.

Et le Conseil d'État a tranché la question par un avis rendu par son comité de législation, le 9 avril 1821 (3).

Considérant, dit-il, qu'aux termes de l'article 20 de la loi du

1. Ordonnance du 7 décembre 1723.

2. Merlin, *Rép.*

3. Sirey. 23. 2. 82.

25 ventôse an XI, les notaires sont tenus de garder minute de tous les actes qu'ils passent ;

Que, suivant le même article, il n'y a d'exception à cette règle que pour les actes simples qui peuvent être expédiés en brevet ;

Que les actes simples sont, ainsi que le mot l'indique et que la déclaration de 1723 l'entendait, ainsi que le rapporteur de la loi de ventôse l'a expliqué, *ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un intérêt simple et passager* ;

Que l'on ne peut, dès lors, comprendre sous la dénomination d'actes simples les testaments qui, quant à leur contenu, à leur nature et à leurs effets, sont sans contredit les actes les plus sérieux et les plus solennels ;

D'où la conséquence que les testaments ne peuvent être expédiés en brevet, et doivent être nécessairement passés en minute.

Le notaire devra donc recevoir le testament par acte public en minute ; le passer en brevet serait faire un acte nul et le notaire qui commettrait cette imprudence, engagerait gravement sa responsabilité (1).

Il devra en outre conserver cette minute.

Les notaires ne pouvant se dessaisir d'aucune minute aux termes de l'article 22 de la loi de ventôse, si ce n'est dans des cas exceptés par la loi et en vertu d'un jugement.

Et avant de s'en dessaisir, ils devront en dresser et signer une copie figurée, qui, après avoir été certifiée par

1. Grenier, 277 et suiv. — Bayle. — Mouillard sur Grenier. — Rolland de Villargues, minute n° 99. — Duranton, t. IX, n° 61. — Poujol, art. 981, n° 8.

le président et le commissaire du tribunal civil de leur résidence, sera substitué à la minute dont elle tiendra lieu jusqu'à sa réintégration.

Il est donc certain que le notaire ne peut remettre un testament authentique au testateur, de même qu'un tribunal ne pourrait le condamner à remettre définitivement au testateur la minute de son testament.

Ainsi décidé par un arrêt du Conseil d'État du 7 avril 1821 :

Considérant que d'après la loi de ventôse article 22, dit-il, les notaires ne peuvent se dessaisir de leurs minutes, si ce n'est en vertu d'un jugement, et à charge que la pièce extraite de leur étude y soit réintégrée ; que cette disposition étant générale, s'applique aux minutes des testaments, comme à celles des autres actes ; d'où il suit que les notaires ne peuvent se dessaisir de leur autorité privée, de l'original d'un testament qu'ils ont reçu...

Est d'avis que les notaires ne peuvent remettre au testateur l'original du testament qu'ils ont reçu, que cet acte ne peut être révoqué en tout ou en partie, que suivant les formes prescrites par l'article 1035 du Code civil.

Si la minute est perdue, le notaire sera sans aucun doute responsable ; cependant, s'il a fait une expédition du testament, celle-ci vaudra-t-elle ? Quelle est sa valeur ? et la responsabilité du notaire sera-t-elle couverte ?

Il n'y a pas de distinction à faire entre l'expédition d'un testament et l'expédition d'un autre acte quelconque.

L'article 1335 du Code civil ne parle que de premières expéditions ; or, une expédition sera réputée première :

1° Si le notaire en a fait mention en la délivrant (1) ;

2° Si le contraire n'est pas prouvé (2).

Nous conseillerons donc toujours au notaire de faire faire, immédiatement après la rédaction du testament, une expédition de celui-ci, leur responsabilité en cas de perte de la minute serait ainsi couverte :

Les grosses ou premières expéditions, dit la loi, faisant la même foi que l'original.

SECTION II

Formalités relatives au texte

Comme tous les actes notariés, le testament authentique doit être écrit lisiblement en un seul et même contexte, sans blanc, lacune, ni intervalle, sans abréviation, et énoncer en toutes lettres les sommes et les dates : voici le principe.

1° *Lisible*. — L'acte illisible, ou les clauses illisibles d'un acte notarié sont nulles, sauf recours des parties contre le notaire, s'il en est résulté pour elles un préjudice.

Par acte lisible, il faut comprendre un texte qu'on puisse voir avec les yeux, et non pas seulement qu'on puisse comprendre ou deviner.

1. Demolombe, p. 29, n° 690.

2. Cass., 29 nov. 1830.

Écrit lisiblement, l'acte qui devient par suite d'influences étrangères illisible, peut encore être la cause d'une responsabilité pour le notaire, si c'est par sa faute que l'acte est devenu illisible, par exemple s'il a laissé un testament dans un lieu humide, au point d'altérer l'écriture (1).

Le notaire devra donc écrire lisiblement le testament, et le conserver en lieu sûr, où le texte n'en sera pas altéré par des phénomènes physiques.

2° *Un seul et même contexte.* — L'article 13 de la loi du 25 ventôse exige à peine de 100 francs d'amende, réduite à 20 francs, que l'acte notarié soit écrit d'un seul et même contexte.

Par unité de contexte, nous entendrons avec la généralité des auteurs l'unité de forme extérieure, l'uniformité de l'écriture, de l'espacement des lignes, des paragraphes, sans blanc, lacune, ni intervalle, dit au surplus l'article 13, pour développer le sens de l'expression « unité de contexte » (2).

La question s'est élevée de savoir si le testament devait être écrit d'un seul et même contexte. Demolombe (t. XXI) estime que non : une disposition spéciale a été faite à ce sujet, relativement au testament mystique ; il aurait donc

1. Rolland de Villargues, Génébrier, Ruttgeerts et Amiaud, t. II.

2. Bordeaux, 17 mars 1833. — Nivelles, 6 nov. 1857. — Merlin, *Rép. V° Testam.*, section II, § 2. — Duranton, t. IX et XIII. — Massé, *Parfait notaire*, t. I. — Rolland de Villargues, *V° Contexte. Dict. du not. ency. du not.* — Fabvier-Coulomb, Génébrier, Ruttgeerts et Amiaud. — Demolombe, t. XXI. — Laurent, t. XIII.

fallu en faire une semblable pour le testament par acte public.

Avec la majorité des auteurs, nous pensons au contraire que le testament doit être écrit en un seul et même contexte (1) sans exiger l'unité de temps, les notaires peuvent suspendre la rédaction du testament, cependant le notaire sera plus prudent de ne pas interrompre son testament bien qu'il n'y soit pas obligé : le testateur dit-on pouvant être, pendant le temps de la suspension, l'objet de manœuvres suggestives. Évidemment oui : mais seule dans ce cas selon nous, la responsabilité morale du notaire serait engagée et nous ne voyons pas quelle responsabilité civile il pourrait encourir, à moins que, par suite de cette suspension, la mort du testateur n'empêche le notaire de terminer le testament (2) ; à cette condition que l'interruption n'était pas justifiée, question d'appréciation encore délicate sur laquelle les tribunaux peuvent varier ; aussi pour éviter tout ennui de ce côté, le notaire selon nous fera bien d'écrire le testament le plus rapidement possible, toutes les fois que le testateur sera dans un état de dépression physique faisant craindre une mort prochaine.

1. Ruttgeerts et Amiaud, t. II. — Troplong, t. III. — Demante, t. IV, n° 121 *bis*. — Duranton, t. IV, n° 59. — Merlin, *Rép. Testam*, section II, § 2, art. 5. — Défresnois, *Form.*, n° 2670. — Coin-Delisle, art. 972. — Delvincourt, t. II. — Grenier, t. II, n° 241.

2. Cassat., 28 avril 1862. D. 62. 1. 239, condamnant un notaire qui, par suite d'interruption sans nécessité du testament, ne put l'achever par suite de la mort du testateur.

3° *Sans blanc, lacune ni intervalle, sans abréviation.* — Sans blanc, lacune ni intervalle complètent le sens de l'expression « unité de contexte » : ils ont pour objet tout espace non rempli laissé dans l'acte et dans lequel il serait possible d'ajouter par la suite des modifications.

Le blanc est, dit Rutgeerts, un espace plus ou moins grand non rempli d'écriture ;

La lacune constitue un vide et dans le texte et dans l'écriture ;

L'intervalle est l'espace anormal laissé par le notaire entre les lignes.

La Chambre des notaires de Paris (28 pluviôse an XII) a pris un arrêté fort sage, recommandant aux notaires de tirer des barres dans les blancs laissés dans les alinéas, tant dans les expéditions que dans les minutes.

Ces barres doivent être approuvées en fin de l'acte, paraphées par le notaire, le testateur et les témoins.

4° *Surcharges, ratures, interlignes, additions.* — Les surcharges, additions ou interlignes sont interdites par la loi de ventôse (art. 5) sous peine de 50 francs d'amende réduite à 10 francs, et les mots surchargés, ajoutés ou écrits en interlignes, sont nuls. Par surcharge, nous entendons l'opération qui consiste à mettre des lettres sur d'autres lettres, de manière que les caractères primitifs soient déguisés par ceux qui leur auront été substitués ; par interligne, nous entendons non pas des mots formant une ligne, qui fait suite au corps de la phrase, quoique cette ligne soit plus

serrée que les autres, mais seulement des mots placés au-dessus des expressions de la phrase, pour en parachever le sens (1) ; par addition, l'opération consistant à écrire dans le vide d'un alinéa ou dans l'espace qu'on doit laisser au bas ou au commencement des pages (Gagnereaux). Par rature, les mots sur lesquels il a été tiré un trait, de manière à laisser lisible le mot raturé.

Les mots raturés doivent être comptés, et mention faite à la fin de l'acte du nombre des mots rayés nuls et approuvés par les témoins, le testateur et le notaire qui signent ; si les mots raturés n'ont pas été comptés ni mentionnés, ils restent valables sans qu'il puisse en découler de nullités (2).

Si le mot annulé ne fait pas partie d'une mention voulue par la loi, le mot est nul, sans entraîner la nullité du testament (3) ; si au contraire il est essentiel à la validité de l'acte, comme par exemple la date qui est surchargée, le nom d'un témoin testamentaire, le testament sera nul (4) ; les tribunaux sont assez larges relativement aux ratures et surcharges, et tolèrent les corrections d'orthographe ne changeant pas le sens de la phrase ni l'écriture primitive. La Cour de cassation a validé un testament

1. Cass., 23 mars 1829.

2. Montpellier, 13 février 1829, Dalloz, *J. D.*, Disp. 2812. — Saintespès-Lescot, t. IV.

3. Toulouse, 16 juin 1837. D. 88.2.61.

4. Dijon, 18 avril 1819. — Cass., 20 février 1821. D. 21. 1.598. — Aix, 15 janvier 1824. S. 7.2.292. — Toulouse, 29 avril 1826. S. Collect. nouv., 8. 2. 226.

dans lequel le notaire avait écrit dité au lieu de dicté et avait ensuite corrigé en surchargeant (1).

On a annulé un testament, où le nom d'un témoin a été substitué à un autre mot ou à un autre nom laissé illisible, alors que le témoin dont le nom était illisible n'avait pas signé le testament, signé par le témoin dont le nom était mis en surcharge (2).

Ainsi encore, un testament présentant sur les noms et qualités de l'un des témoins une surcharge qui met en doute lequel a assisté au testament de celui dont le nom a été écrit en surcharge ou de celui dont le nom a été primitivement inscrit, alors que ce dernier était incapable, a été annulé (3).

Quoi qu'il en soit, toute cette matière est fort délicate et le notaire devra s'abstenir absolument de toute surcharge et interligne, ne jamais hésiter à piquer un renvoi plutôt que modifier un mot déjà écrit, à compter très soigneusement les mots nuls, les barres tirées dans les blancs, les lignes rayées entières, à en faire mention enfin de l'acte, et à faire signer cette mention aux témoins, au testateur, et la signer lui-même ou tout au moins la parapher :

1. Cass., 3 août 1808. S. 8. 1. 556. — En ce sens également : Grenoble, 28 février 1809. S. 9. 2. 299. — Cass., 21 mai 1838. S. 38. 1. 397. — 6 juin 1826. S. 27. 1. 111. — 23 mars 1829. S. 29. 1. 128. — Laurent, t. XIII. — Demolombe, t. XXI. — Bayle-Mouillard, t. II. — Aubry et Rau, t. VII.

2. Dalloz, Disp., 3104. — Arrêt d'Aix du 15 janvier 1824.

3. Nîmes, 22 juin 1841, cité par Édouard Clerc, p. 95, al. 16.

Le texte d'un acte est sacré, dit Toullier, la main plus qu'imprudente qui oserait y toucher sous prétexte d'en corriger les erreurs s'habituerait facilement à l'altérer et à le falsifier.

5° *Renvoi*. — Les renvois et apostilles, dit l'article 15 de la loi de ventôse, pourront, sauf l'exception ci-après, être écrits en marge, ils seront signés et paraphés tant par les notaires que par les autres signataires à peine de nullité des renvois et apostilles.

Si la longueur du renvoi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, il devra être non seulement signé ou paraphé comme les renvois écrits en marge, mais encore expressément approuvé par les parties, à peine de nullité du renvoi.

Le renvoi est plus particulièrement la marque qui, dans un acte, se réfère à une autre marque semblable placée en marge ou en fin de l'acte.

L'apostille, c'est l'addition mise au-dessous ou à la suite de cette marque, de ce signe, ou de ce renvoi.

Le mot renvoi comprend dans le langage et la marque et l'apostille elle-même.

Les dispositions de l'article 16 de la loi de ventôse s'appliquent au testament par acte public, le Code civil ayant par son silence renvoyé implicitement aux lois régissant les actes notariés en général (1).

Il résulte de l'article 16 : qu'au cas où le renvoi est

1. Duranton, t. IX, n° 58. — Coin-Delisle, *eod.*, 29. — Dalloz, Disp. 2807. *Encyc. not.* V° Testam., n° 338. — Grenoble, 26 décembre 1832.

placé en fin de l'acte, il ne peut être intercalé entre cette fin et les signatures, celles-ci ne pouvant valoir à la fois pour les deux usages, ce qui permettrait en outre de laisser un blanc au-dessus des signatures, dans lequel on pourrait après coup insérer des clauses modifiant le texte (1).

Si le renvoi est mis en fin de l'acte, et si le testateur ne sait pas signer, il sera bon de réitérer la mention constatant l'impossibilité dans laquelle se trouve le testateur de signer.

Les renvois doivent être écrits de la même manière que le texte lui-même, sans blanc ni intervalle.

Si le renvoi est en marge, il suffira qu'il soit paraphé.

La déclaration que le testateur après avoir signé l'acte, a éprouvé un tremblement qui ne lui a pas permis de parapher un renvoi, équivaut au paraphe de ce renvoi, comme elle équivaudrait à la signature même du testament (2).

L'inobservation dans les renvois et apostilles des formalités prescrites par l'article 15 ne donne plus lieu à amende, elle n'entraîne que la nullité du renvoi (3).

En principe, la nullité du renvoi n'entraîne pas la nullité de l'acte, qui conserve toute sa valeur, malgré l'irrégularité du renvoi qui lui devient étranger; cependant,

1. Cass., 6 juin 1826. — Lyon, 18 janvier 1832. — Cass., 23 mars 1829. — Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1028 et Laurent, t. XIII.

2. Cass., 30 juillet 1856. D. 57. I. 92.

3. Cass., 24 avril 1809. — Rennes, 5 mai 1824. — Bourges, 19 janvier 1838. — Douai, 18 mai 1841. — Caen, 18 juillet 1854. *Encyc. du not. act. not.*, n° 267.

si le renvoi est essentiel à la validité du testament, si sa suppression modifie les volontés du testateur, le testament tombera en entier ; dans le cas contraire le testament restera valable (1).

Si le renvoi fait partie des mentions exigées par la loi à peine de nullité, date, lieu de passation, mention exigée par l'article 972, le testament sera nul en entier.

Le renvoi ne sera valable qu'à la condition encore, et de nombreux arrêts sont en ce sens (2), ainsi que bon nombre d'auteurs (3), d'avoir été dicté par le testateur, écrit par le notaire, lu par le notaire, le tout en présence des témoins, à peine de nullité de l'acte entier.

Le notaire devra donc prendre grand soin, lorsqu'il piquera un renvoi, que toutes les formalités ci-dessus soient bien remplies, car sa responsabilité est entière.

Nous avons vu jusqu'ici que le testament devait être rédigé en minute, et dans quelle forme matérielle il devait être écrit. Que doit-il comprendre ?

Dans tout acte notarié il y a trois parties distinctes :
1° Le préambule contenant l'énonciation des noms du notaire et la comparution des parties ;

2° Le corps de l'acte contenant les clauses mêmes de l'acte ;

1. Cass. req., 24 novembre 1835. — Pau, 17 janvier 1837, Dalloz, *J. G.* Disp., n° 2813.

2. Cass., 23 mars 1829. — Toulouse, 1^{er} août 1843., Dalloz, *J. G.*, Disp., 2817.

3. Vazeilles, article 971. — Saintespès-Lescot, t. IV. — Aubry et Rau, t. VII, n° 670. — Coin-Delisle, art. 971. — Demolombe, t. XXI, no 132.

3° La clôture où se trouvent les mentions et énonciations exigées par la loi pour la solennité de l'acte.

Nous allons voir seulement dans ce chapitre quelles sont les énonciations que doit contenir le préambule, les autres parties faisant l'objet des chapitres suivants :

Tous les actes doivent énoncer : 1° les nom et lieu de résidence du notaire qui les reçoit à peine de 100 francs d'amende contre le notaire contrevenant. Ils doivent également énoncer les noms des témoins instrumentaires, leur demeure, le lieu, l'année et le jour où les actes sont passés, sous les peines prononcées par l'article 68 ci-après et même de faux si le cas y échoit, dit l'article 12 de la loi de ventôse.

SECTION III

Mentions

I. — **NOM ET RÉSIDENCE DU NOTAIRE.** — Il est essentiel qu'un acte contienne la preuve qu'il émane d'un notaire ayant qualité pour instrumenter dans le lieu où il est passé, c'est pourquoi l'on exige l'énonciation des noms et lieu de résidence du notaire.

Sous l'expression « nom », la loi ne comprend pas les prénoms qu'il serait utile d'énoncer, si dans la même résidence se trouvaient plusieurs notaires du même nom (1).

L'omission du nom du notaire n'entraîne pas la nullité du testament, mais ne donnerait lieu qu'à une amende.

1. Dalloz, Disp. oblig., 335g et Rolland de Villargues.

La qualité du notaire doit être énoncée dans l'acte, car elle donne l'authenticité à l'acte.

L'on s'est demandé si l'omission de cette qualité entraînerait ou non la nullité du testament.

L'affirmative a été soutenue par Merlin (1) se fondant sur les édits de décembre 1691, article 13, et de juin 1550, dont l'article 13 voulait que la foi ne fût ajoutée aux instruments reçus par les notaires s'il n'y était fait mention de la qualité desdits notaires; et sur la rédaction proposée par le Tribunal: que tous les actes doivent énoncer les noms, qualités, lieu de résidence des notaires. Et si l'on a retranché le mot « qualité », c'est que l'addition en a paru inutile.

La négative a été soutenue par Toullier (t. V) qui prétend que l'omission de la qualité du notaire n'entraîne pas la nullité de l'acte.

Quoi qu'il en soit, la qualité du notaire omise ressortira toujours virtuellement de l'ensemble du testament et la question n'offre ici qu'un intérêt de droit, car au point de vue pratique, la qualité du notaire résultera presque toujours d'une mention; néanmoins le notaire fera bien toujours d'indiquer sa qualité: par-devant M^e..., notaire à..., toute discussion sera ainsi évitée à ce sujet.

L'indication de la résidence est nécessaire pour s'assurer que le notaire est compétent; pour le cas où plusieurs communes porteraient le même nom, il sera bon d'indiquer le

1. Testam., sect. II, § 2.

canton et le département, mais l'omission de cette indication ne serait pas une cause de nullité du testament (1).

On jugeait déjà sous la loi du 10 octobre 1791 (Poitiers, 15 prairial an II), que le défaut d'énonciation du lieu où réside le notaire n'entraînerait pas la nullité de l'acte, mais donnerait simplement lieu à la perception d'une amende contre le notaire (2).

Il en est évidemment de même aujourd'hui : donc, de ce chef, aucune responsabilité autre qu'une responsabilité fiscale.

II. — NOMS, PRÉNOMS, QUALITÉS, DEMEURE DU TESTATEUR. —

Les actes des notaires..., dit l'article 13 de la loi de ventôse, contiendront les noms, prénoms, qualités et demeure des parties, ainsi que des témoins qui seraient appelés dans le cas de l'article 11.

Et l'article 11 modifié par la loi du 12-14 août 1902, porte que le nom, l'état, la demeure des parties doivent être connus du notaire ou attestés dans l'acte par deux personnes majeures sachant signer, ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires dans les actes ordinaires ; le notaire devra donc mentionner les noms, prénoms, qualités et demeure du testateur, le testament anonyme étant inexistant, et s'il ne connaît pas

1. Loret, t. II, p. 18. — Massé et Lherbette, t. I, p. 96. — Roland de Villargues, 178. — Dalloz, *Oblig.*, 3363.

2. Roland de Villargues, 178 bis. — Dalloz, *Disp. entre vifs et testaments*, 2274.

le testateur, se faire certifier son identité par deux témoins dont il mentionnera les noms, prénoms, demeure et qualités, bien que l'article 68 qui énonce les cas de nullité ne se réfère pas à l'article 11 (1).

III. — NOM, DEMEURE DES TÉMOINS INSTRUMENTAIRES. — Ces énonciations : « ils doivent également énoncer », sont plus rigoureuses que les précédentes ; elles sont prescrites à peine de nullité. Néanmoins il n'y a ni formule ni termes sacramentels pour leur expression.

1° *Noms des témoins.* — L'identification des témoins, par suite des incapacités qui peuvent les frapper, est indispensable à la validité du testament : nous avons vu quel rôle important ces derniers jouent dans la validité des testaments : il faut donc les reconnaître, les retrouver, si l'on a recours à leur témoignage.

L'énonciation du nom est donc prescrite à peine de nullité, mais la loi n'exige pas celle de leurs prénoms et qualités (2).

Les notaires feront bien cependant d'énoncer les prénoms des témoins, leur individualité sera plus aisément reconnaissable. Les tribunaux sont en général assez larges sur la question du nom des témoins : ainsi, donner à un témoin le nom de Barbet au lieu de Bardet, ce n'est pas commettre selon l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juil-

1. Dalloz, *J. G.*, Disp., 2799.

2. Toullier, 85. — Dalloz, *Oblig.*, 3367. — Rolland de Villargues.

let 1840 une nullité, alors qu'aucun individu dans la commune ne s'appelle Barbet.

Cependant, on a vu une nullité dans la substitution du nom Galland à Gallemand (1), la Cour d'Amiens, 2 avril 1840 a annulé à plus forte raison un testament signé par un témoin sous un faux nom, bien que d'ailleurs ce nom lui soit donné dans le monde, « si d'ailleurs il a figuré dans ses rapports avec l'autorité publique sous son nom véritable » : la Cour n'a pas voulu voir ici une erreur commune.

L'omission de la qualité ou de la profession du témoin n'entraînerait pas la nullité du testament, non plus que l'erreur sur la profession (2) : ainsi, qualifier de docteur en médecine un officier de santé, n'entraîne pas la nullité du testament (3), la jurisprudence se montre assez large à ce point de vue, mais il n'en est pas ainsi relativement à la demeure des témoins.

2° *Demeure des témoins.* — Le testament devra mentionner cette demeure à peine de nullité (4).

Quant au mode de mention, la jurisprudence n'exige pas

1. Versailles, 21 janvier 1835.

2. Toullier, t. VIII. — Merlin. — Rolland de Villargues.

3. Lyon, 23 avril 1812. — Bourges, 9 mars 1836.

4. Aix, 26 août 1813. — Limoges, 8 août 1821. — Bastia, 7 février 1824. — Bruxelles, 4 mars 1831, Dalloz, *J. G.*, Disp., 3119. — Aix, 3 décembre 1812. S. 13. 2. 374. — Cass., 28 février 1816. S. 16. 2. 361. — Agen, 5 août 1824. D. 25. 2. 60. — Cass., 23 novembre 1835. S. 26. 1. 157. Grenoble, 7 août 1828. D. 29. 2. 19. — Cass., 3 juillet 1838. D. 38. 1. 304. — Cass., 4 janv. 1826.

le mot demeure, il suffira que le mot employé fasse connaître avec certitude, le lieu habité par les témoins (D.3143) ; ainsi, l'énonciation de la demeure résulte de : en présence de... et... de tel endroit (1), ou : en présence de... de telle commune (2), ou de : en présence de... tous de telle commune (3). toutefois le mot domicile a été jugé insuffisant (4), ainsi que... originaire de... et actuellement en traitement à l'hôpital de... (5).

Le notaire devra donc toujours indiquer exactement la demeure, c'est-à-dire là où habite le témoin.

3° *Lieu où l'acte est passé.* — Le testament doit encore porter la mention du lieu où il est reçu par le notaire, à peine de nullité ; cette mention fait en effet connaître si le notaire a instrumenté dans son ressort (6).

Par le mot « lieu » il faut entendre hameau, commune, ville ou agglomération ; le nom de la rue et le numéro ne seront qu'accessoires et n'entraîneraient pas la nullité de l'acte, s'ils n'étaient pas indiqués, le seul but étant de vérifier s'il a été reçu en un lieu où le notaire avait la capacité

1. Aix, 3 décembre 1812.

2. Cass., 28 février 1861.

3. Cass., 23 novembre 1825.

4. Colmar, 1^{er} février 1812.

5. Angers, 21 janvier 1875. D. 75. 2. 72.

6. Un arrêt de Lyon, 28 janvier 1832. Dalloz, J. G., Disp. 2812. a annulé un testament par ce fait que : la mention qu'il avait été passé en l'étude du notaire avait été rayée, et que le renvoi portant qu'elle avait été passée en la demeure du testateur n'avait pas été approuvé, donc ce renvoi étant nul, l'acte ne portait aucune indication du lieu de la passation.

territoriale d'exercer (1). Il pourrait se présenter, cependant, qu'un notaire n'eût qualité pour instrumenter que dans partie de la ville. Dans ce cas, l'indication de la rue et du numéro s'imposeraient. Rolland de Villargues a soutenu l'opinion contraire et a rectifié dans sa deuxième édition sa première opinion, prétendant que l'acte doit contenir la preuve de toutes les formalités ; cela pourrait être utile pour le cas où le testament serait attaqué pour dol ou ivresse, le lieu alors serait intéressant à connaître : si c'est dans une auberge ou une maison mal famée (2).

Le notaire pourra donc se contenter dans les communes ou hameaux d'énoncer le nom de ces communes ou hameaux et dans les villes, le nom de la ville.

Bien que nous ne pensions pas que le testament puisse être annulé par suite du défaut d'indication de la rue et du numéro, le but de la loi étant satisfait, nous n'hésiterions pas dans les testaments à indiquer la rue, le numéro, l'étage de la maison et la pièce dans laquelle le testament a été reçu.

4. *L'année et le jour.* — Le testament devra être daté à peine de nullité, cette date comprend l'année et le jour dit la loi qui a omis de parler du mois. Le mois doit nécessairement être indiqué, sans quoi il serait impossible d'indi-

1. Riom, 18 mai 1841, D. 42. 2. 249. — Cass., 23 novembre 1825, S. 26. 1. 157. — Merlin, *Quest.* D. 5 2. — Toullier, t. VIII, 82. — Dalloz, *Disp.*, 2795 et *Oblig.*, 3374. — Duranton, t. XII, p. 42. — Carré, p. 401. — Massé, t. I, p. 60. — Cass., 28 février 1816.

2. V. Loret, art. 12.

quer le jour; par jour on entend la date: 29 juillet par exemple et non le jour de la semaine.

L'indication du jour de la semaine n'est pas utile puisque le testament peut être fait un dimanche ou jour férié.

L'indication de l'heure n'est pas non plus exigée par la loi, cependant le notaire fera bien d'indiquer l'heure de clôture de son testament. Cette indication pourra être utile dans le cas où le testateur serait mort ou aurait perdu l'esprit le même jour, l'indication de l'heure prouvera que le testament a été clos du vivant du testateur ou à un moment où il jouissait de la lucidité de son esprit (1), de même en cas de révocation de testament qui aurait lieu par d'autres testaments du même jour (2).

Si le testament par exemple était commencé avant minuit et terminé après cette heure, pour éviter toute discussion possible dans ce cas, nous indiquerions l'heure à laquelle le testament a été commencé et celle à laquelle il a été terminé.

En cas d'erreur de date, la date est réputée inexistante et l'acte nul (3), la rectification de la date pouvant être faite au moyen des énonciations mêmes contenues dans l'acte (4).

1. Demolombe en ce sens.

2. Toullier, t. VIII. — Rolland de Villargues, 287 et 288. — Merlin, *Rép.*, Testam., sec. II. — Dalloz, *Oblig.* — Cass., 6 ventôse an XII.

3. Cass., 19 mai 1885.

4. Cass., 4 février 1879. C. 79. 1. 228. — Aix, 9 janvier 1884. D. 85. 2. 115. — Rouen, 23 juillet 1825. — Limoges, 14 décembre 1842. — Dalloz, *Disp.*, n° 2806.

Les tribunaux refusent toutes indications étrangères au testament relativement à la date, et le testament est toujours annulé : le notaire ayant commis une faute très grave.

La Cour de Paris avait (1) annulé un testament reçu par M^e Durand, notaire à Paris, qui avait indiqué comme date tel jour de la semaine qui n'était pas le jour de la date, la Cour de cassation cassa l'arrêt et la Cour de Rouen devant qui l'affaire fut renvoyée par arrêt du 31 mars 1886, décida que l'erreur commise par le notaire constituait un manquement des plus graves au devoir rigoureux et le condamna à réparer intégralement le préjudice causé (700.000 fr.).

En présence d'un testament authentique portant la date du jeudi 4 avril 1893 alors que le 4 avril 1893 était un mardi et non un jeudi, les juges ont pu, pour attribuer au testament, comme étant la véritable, la date du 4 mai 1893, avoir égard à cet ensemble de circonstances, d'une part, que le 4 du mois durant le cours de 1893 jusqu'au 8 mai date du décès du testateur, n'a été un jeudi qu'en mai, et d'autre part que le testateur, qui a déclaré aux termes du testament ne pouvoir signer, à raison de son état de maladie, le 4 avril, n'est tombé malade que le 29 avril et ce n'est que le 4 mai qu'il n'a plus eu la force de signer (2).

De même, le testament authentique dont la date n'indique

1. D. 85. 1. 345.

2. Cass., 9 juillet 1895. D. 06. 1. 105.

pas l'année ne peut néanmoins être déclaré nul pour défaut de date : si le millésime de l'année est fixé : 1° par le mariage du testateur avec la légataire ; 2° par celle de l'exercice des fonctions du notaire rédacteur ; 3° par celui du papier timbré sur lequel le testament est rédigé ; que d'autre part ledit millésime est énoncé sur l'enveloppe du testament par le notaire rédacteur, sur le répertoire du notaire, sur les tables des testaments du bureau d'enregistrement de l'époque (1).

Il a été jugé au contraire que le testament public daté du samedi 14 février 1876 est nul, si le 14 février n'est pas un samedi, alors qu'aucune énonciation du testament ne prouve que c'est l'indication du mois qui est fausse plutôt que celle du jour ou du quantième ou de l'année (2).

La jurisprudence est et ne peut être que très hésitante quand il s'agit de fixer au testament une date autre que celle qui y est portée par erreur, ou de préciser la date, si cette date est omise, puisqu'il ne peut chercher la preuve qui manque que dans des circonstances et des faits étrangers, dans des rapprochements, etc...

Quand les notaires seront appelés pour faire un testament, ils devront emporter un calendrier ou une pièce quelconque les fixant absolument sur la date du jour, car une erreur à cet égard est une des choses les plus graves qui puisse leur arriver et qui entraîne une responsabilité inévitable ; le testament étant toujours annulé dans son entier.

1. Limoges, 13 août 1856. D. 56. 5. 100.

2. Cass., 19 mai 1886. D. 85. 1. 345.

CHAPITRE II

FORMALITÉS SPÉCIALEMENT PRESCRITES PAR LE CODE CIVIL

Le Code civil prescrit des formalités spéciales au testament authentique relativement à la dictée, à l'écriture, à la lecture du testament, à la présence des témoins, à la mention de ces formalités, enfin à la signature.

Ces formalités sont réglementées par les articles 972, 973, 974 du Code civil.

Toutes ces formalités sont prescrites à peine de nullité.

Les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les dispositions de la présente section et de la précédente, devant être observées à peine de nullité, dit l'article 1001 du Code civil.

Nous allons donc étudier successivement :

- 1° La dictée ;
- 2° L'écriture ;
- 3° La présence des témoins ;
- 4° La lecture en présence des témoins ;

5° Les mentions de dictée, d'écriture et de lecture :

6° La signature.

PREMIÈRE SECTION

De la dictée

Si le testament est reçu par deux notaires, il l'enr est dicté par le testateur et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. S'il n'y a qu'un notaire, il doit également être dicté par le testateur et écrit par ce notaire.

Ainsi dispose l'article 972 du Code civil.

Comme on ne saurait trop se tenir en garde contre les suggestions qui peuvent assiéger le testateur, dit Troplong, la loi voulant que le testament contienne la volonté précise du testateur (*justa mentis nostræ testatio*), exige que le testateur dicte ses intentions et qu'il en soit le seul et unique interprète et M. Baudry-Lacantinerie ajoute, à tort à notre sens, que le Code a manifestement redouté et voulu exclure les interventions étrangères et plus que celle de tout autre peut-être, l'intervention du notaire qui pourrait trop facilement être prépondérante, et cela, alors que la jurisprudence considère le notaire, ainsi que nous l'avons vu, comme le conseil obligé des parties !

Ces deux nécessités de dictée et d'écriture constituent deux obligations essentielles qui existaient déjà dans

l'ancien droit (1) et qui préviennent les suggestions et les erreurs ; elles prouvent en effet que c'est la volonté du testateur puisque c'est lui qui a dicté et que la rédaction du notaire est bien conforme à sa volonté, à sa pensée, puisque, comme nous le verrons plus loin, lecture lui sera donnée de cette écriture.

Une première difficulté est soulevée par le mot même « dictée », employé par le Code civil.

Que doit-on entendre par dictée ?

Dicter c'est prononcer mot à mot ce qui est destiné à être écrit en même temps par un autre, si l'on s'en tient à la définition du dictionnaire de l'Académie et à divers arrêts (2).

L'ancienne ordonnance de 1735 disait que le notaire devait écrire les dispositions au fur et à mesure qu'elles seraient prononcées par le testateur, tel semble être encore l'esprit de l'article 972 du Code civil, la dictée devant être entendue, comme étant, en outre, l'expression personnelle et volontaire, libre, spontanée de la pensée du testateur (3), et le notaire n'aura pas, comme nous le verrons ci-après, à reproduire mot à mot et au fur et à mesure qu'elles seront prononcées les paroles du testateur : il lui suffira d'en rendre le sens et non la lettre.

1. Coutume d'Orléans, art. 289. — Pothier, *Des Donations et testaments*, chap. I, art. 3, § 1.

2. Cass. req., 12 mars 1851, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2845-2°. — 20 janv. 1840, *id.*, 2859-3°. — 4 mars 1840, *id.*, 2867-3°. — 15 janv. 1845. D. 45.

1. 92.

3. Saintespès-Lescot, t. IV, 1036.

Voyons les différents modes de dicter qui peuvent être employés.

Notes.—Projet. — Le testateur peut, pour dicter ses dernières volontés, s'aider d'un projet ou de notes rédigées à l'avance soit par lui, soit par un tiers (1).

La loi n'a donc pas défendu au testateur de lire son testament fait en projet, et la Cour d'Angers (2) a validé des testaments dans lesquels, après lecture de son projet, le testateur avait remis au notaire le projet de son testament pour y puiser des références et des éclaircissements. Cependant, il semble bien que la loi a exigé que le testament, expression exacte, libre et spontanée de la volonté, soit dicté et non lu, car la lecture peut être faite machinalement par un moribond incapable de penser et de vouloir sur un projet déjà ancien, et l'on a dit qu'autoriser une telle lecture, ce serait livrer le patrimoine des familles à l'intrigue et à la cupidité. A cet argument, M. Saintespès-Lescot répond que le testateur s'approprie la rédaction de son projet en le dictant ; que d'ailleurs ces projets sont rendus nécessaires par le caractère compliqué et la combinaison des dispositions qui exigent un véritable travail qu'il serait impossible au testateur d'exprimer clairement et complètement sans se servir de notes ou de

1. Cass., 14 juin 1837. — Toullier, t. V. — Duranton, t. IX, n° 468. — Coin-Delisle, sur l'article 972. — Massé et Vergé, t. III, p. 107. — Lacaninerie et Colin, t. II, n° 2038. — Fuzier-Hermann, article 972, n° 6.

2. 16 juin 1836. S. 36. 2. 385 et 8 mars 1855. D. 55. 2. 129.

projets. La jurisprudence est en ce sens : ainsi un testament authentique n'est pas nul parce que le testateur l'aurait dicté en lisant des notes préparées d'avance (1).

Mais il ne suffirait pas que le testateur remit des notes ou même une rédaction complète au notaire en la déclarant conforme à ses intentions, et que le notaire l'écrivit devant le testateur et les témoins ; la dictée est essentielle, il n'y serait pas suppléé par la lecture qui serait donnée ensuite et par les signatures (2).

En conséquence, même dans le cas où il s'agirait de dispositions longues et compliquées dont la lecture fatiguerait le testateur, un testament copié en tout ou en partie, sur des notes présentées au notaire par le testateur, sans que ce dernier en ait donné lecture au notaire et aux témoins, doit être déclaré nul (3), car l'on ne saurait si la rédaction est conforme au projet.

De même, le préambule d'un testament authentique considéré comme faisant partie intégrante du testament doit être dicté par le testateur et écrit par le notaire comme les dispositions mêmes du testament, ne serait-il composé par exemple que d'une profession de foi religieuse ; et la Chambre civile de la Cour de cassation a annulé un testament dans lequel ce préambule n'avait pas été dicté par le testateur, mais copié par le notaire, sur un projet écrit par le testateur et remis par lui au notaire (4).

1. Req. Cass., 14 juin 1837, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2842, 2909.

2. Dalloz, *J. G.*, Disp. 2843.

3. Poitiers, 30 juin 1836, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2843.

4. D. 57. 1. 365.

Le vœu de la loi est satisfait, lorsque spontanément et sans interpellation suggestive, le testateur exprime ses volontés, en présence des témoins, au notaire qui les recueille, les formule et les constate. En conséquence, si un testateur a fait connaître ses dispositions au notaire, si celui-ci les a relues au testateur, en lui demandant, en présence des témoins, si telle était l'expression de sa volonté, le testament est valable (1).

Ainsi le testateur pourra se servir d'un projet, le projet pourra même avoir été rédigé par le notaire (2), mais il devra d'abord, avant de le remettre au notaire pour être recopié, en faire lecture au notaire et aux témoins, cette lecture valant une dictée.

Un arrêt récent rendu par la Cour de Lyon le 28 février 1907 (3), précise la jurisprudence à cet égard.

La Cour, considérant que l'article 972 du Code civil en exigeant que le testament soit écrit tel qu'il est dicté n'a pas entendu astreindre le notaire à reproduire mot à mot les paroles du testateur, qu'il suffit que sa rédaction en rende exactement le sens et la substance; considérant qu'il n'est pas interdit au notaire de s'aider dans son travail de notes prises par lui d'avance sur les indications du testateur, à condition que celui-ci formule

1. Cass., 20 juillet 1843, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2844. — Angers, 8 mar 1855, précité. Cet arrêt de cassation est équivoque, ne disant pas si le testateur avait fait connaître ses volontés oralement ou par écrit.

2. Cass. req., 6 novembre 1889. — 7 janv. 1890. — 3 mars 1890. — Gray, 5 juin 1902.

3. S. 1908. 2. 78.

nettement et librement sa volonté en présence des témoins sur chacune de ses dispositions ;

Considérant enfin que si la loi veut que le testateur exprime lui-même sa volonté autrement qu'en répondant oui ou non à des questions posées, il n'est pas défendu au notaire de lui adresser des questions nécessaires pour rendre plus claire et plus complète la manifestation de sa volonté. Or, considérant en fait, qu'il résulte des enquêtes et contre-enquêtes que, si le notaire s'est servi pour la rédaction du testament attaqué de notes déjà prises par lui sur les indications de la dame Chabert, et s'il a posé diverses questions à ladite dame, il n'a pas borné son rôle à transcrire ces notes sur les réponses parfois monosyllabiques de la testatrice ; qu'il a recueilli à nouveau en présence des témoins les volontés orales de la dame Chabert ; que celle-ci en pleine possession de ses facultés, suivait avec un vif intérêt la rédaction du testament dans toutes ses dispositions ; qu'elle a, à plusieurs reprises, donné spontanément des explications au notaire au sujet d'intentions libérales qu'il n'avait pas bien saisies et discuté avec lui soit sur des noms qu'il comprenait mal, soit sur l'importance des legs, soit sur la situation ou la contenance de certains immeubles ; que ce sont ces volontés manifestées en présence des témoins, en toute liberté, avec netteté et précision, que le notaire a immédiatement et fidèlement reproduites, qu'après la lecture du testament toujours faite en présence des témoins, la dame Chabert interrogée sur le point de savoir si c'était bien là l'expression de ses dernières volontés a répondu : « oui c'est bien ça » ;

Considérant qu'il résulte de ces constatations que les prescriptions légales relatives à la dictée du testament ont été observées ; par ces motifs...

Interrogation. — Si le testateur n'ayant pas de notes, dicte des dispositions compliquées, le testament ainsi dicté sera obscur et le notaire comprenant plus ou moins la pensée du testateur sera exposé à la mal traduire et à donner au testament un sens autre que celui de la pensée du testateur. Aussi, s'est-on demandé si le notaire pourrait interpellier le testateur, de manière à le faire s'expliquer sur ses dispositions, et à permettre au notaire de bien exprimer toute sa volonté.

Marcadé dit que rien n'empêche le notaire d'adresser au testateur des questions ou observations pour faire développer et rendre plus nette la volonté exprimée par celui-ci; il peut même lui suggérer des mots exprimant mieux sa pensée, mais il doit se garder de lui suggérer des idées nouvelles. Demolombe est du même avis, recommandant aux notaires la plus grande réserve et la plus grande discrétion et Troplong, sur le même sujet, dit que le mot dicter proscriit toutes dispositions faites à l'interrogation d'autrui; ce qui a lieu quand le notaire ou toute autre personne demande au testateur s'il veut telle chose qu'on lui propose et que le testateur répond par un geste ou par une affirmation; il est vrai, ajoute-t-il, que dans quelques cas ces interrogations pourraient se faire sans fraude, sans idée de captation; il ne serait pas impossible que la personne qui questionne ainsi le testateur n'agisse que par la connaissance de ses véritables intentions qu'il ne pourrait lui-même expliquer et déduire d'une manière intelligible. Mais si, dans un pareil cas, il n'y a pas sur-

prise, on peut au moins craindre qu'il y ait erreur, c'est pourquoi tous les doutes doivent être écartés en obligeant le testateur à prononcer lui-même, de son pur mouvement, ses dernières volontés (Furgole, *Test.*); il ne suffit donc pas, étant interrogé sur ses dispositions, qu'il réponde seulement par un oui ou par quelque autre parole qui démontre son consentement (1).

Mais quand le testateur a clairement exposé son idée, il n'est pas défendu au notaire d'aider à son développement.

Un testateur, cite Troplong, après avoir légué des pièces de terre par leur nom, s'était fait aider soit par le notaire, soit par les témoins pour en désigner les confrontations; on prétendait que cela suffisait pour faire décider que ce testament n'avait pas été dicté, mais ce n'était qu'un secours donné au testateur pour ne laisser aucun doute sur ses intentions, déjà exprimées par lui; et le moyen ne fut pas admis (2).

Donc le vœu de la loi ne serait pas rempli si le testateur s'était borné à répondre affirmativement à des interrogations que le notaire lui aurait adressées (3).

1. Cass., 12 mars 1838. D. 38. 1. 206. — Bordeaux, 9 mars 1859. D. 59. 2. 221.

2. Cass., 22 juin 1843. *Gaz. du Palais* 1844, t. I, p. 537.

3. Baudry-Lacantinerie, t. II. — Aubry et Rau, t. VII, p. 124. — Laurent, t. XIII, nos 306 et suiv. — Demolombe, t. IV. — Fuzier-Hermann, art. 972. — Troplong, t. II. — Coin-Delisle, Duranton, Favart de Langlade, Toullier, Merlin.

La jurisprudence est d'accord sur ce point avec la doctrine (1).

Le testateur ne devra donc pas répondre par monosyllabe, par oui ou par non aux interpellations qui lui sont faites, encore moins par signes (2).

Toutefois le testament a été réputé dicté par le testateur, bien que celui-ci n'ait fait connaître ses dispositions que par une simple réponse affirmative à l'interrogation qui lui a été adressée par le légataire universel, sur l'invitation du notaire, et en sa présence, lorsque d'ailleurs le testateur a répété sa réponse en s'adressant directement au notaire (3).

Mais s'il est permis au notaire de poser des questions au testateur pour préciser ses dispositions, il ne doit pas lui suggérer de dispositions auxquelles celui-ci n'aurait point songé : il y aurait là suggestion et non plus dictée. Un arrêt de la Chambre des requêtes (4) annula un testament

1. Cass., 6 décembre 1886. D. 87. 1. 399. — 28 novembre 1898. D. 99. 1. 273. — Nancy, 24 juillet 1833. S. 35. 2. 90. — Req., 15 janvier 1845. S. 45. 1. 303. — Cass., 15 janvier 1866. *Rép. not.*, 1552. — Paris, 3 février 1874. Req., 6 décembre 1875. D. 77. 1. 245. — Cass., req., 22 février 1879. D. 79. 1. 84. — 13 juin 1882. D. 82. 1. 312. — Pau, 17 mars 1890. D. 91. 2. 124. — Nancy, 21 juin 1888. — Pau, 18 juillet 1887. D. 88. 2. 214. — Req. cass., 7 janvier 1890. D. 91. 1. 418. — 3 mars 1890. D. 90. 1. 354.

2. Nîmes, 25 mars 1878. D. 79. 2. 136. — Pau, 17 mars 1890. *Rev. not.*, t. XXXII, 1851. — Dijon, 16 février 1872. D. 72. 2. 313. — Besançon, 29 mai 1901, *id.*, n° 12048, Dalloz, J. G. Disp. 2845. — Nancy, 24 juillet 1833, Dalloz, f. 9. Disp. 2485. — Cass. req., 12 mars 1838, *ibid.* — Cass. civ., 30 août 1858. D. 58. 1. 365. — Bordeaux, 9 mars 1859. D. 59. 2. 220.

3. Grenoble 7 décembre 1849. D. 50. 2. 195.

4. 23 avril 1900. S. 1900. 1. 452.

et imputa la responsabilité au notaire, qu'elle condamna à payer des dommages et intérêts aux héritiers, parce que le notaire avait suggéré le testament préjudiciable à la réputation des héritiers qui avaient été exhérités (1).

Ainsi, il a été considéré (2) qu'il y avait dictée et non suggestion, lorsque des témoignages concordants de l'enquête il résulte que le notaire a par trois fois demandé au testateur s'il voulait laisser ses biens à sa femme..., que les deux premières fois il n'avait pas obtenu de réponse, mais qu'à la troisième fois le testateur ayant élevé la voix a répondu à voix haute : « C'est à ma femme que je veux laisser tous mes biens. »

Il n'y aurait pas non plus nullité si les témoins aidaient la mémoire du testateur (3).

Le notaire sera donc responsable de la nullité du testament pour interrogation, envers les légataires d'une part pour nullité du testament ; et envers les héritiers, d'autre part, dans certains cas, pour suggestion préjudiciable à leurs intérêts ou à leur réputation.

Il devra se borner à demander des explications, à faire préciser des détails, en se gardant soigneusement de poser des questions susceptibles de gêner la liberté d'esprit du disposant ; ces questions ne devront avoir qu'un but : pré-

1. Même sens : Bordeaux, 9 mars 1859. S. 59. 2. 609. — Cass., 30 août 1858. S. 59. 1. 48. — 12 mars 1838. S. 38. 1. 206. — Nancy, 24 juillet 1833. S. 35. 2. 90. — Lyon, 9 mars 1873. *Rev. not.*, 4444.

2. Toulouse, 24 novembre 1896. D. 99. 1. 273.

3. Dalloz, J. G. Disp., 2469.

ciser le sens et l'étendue des dispositions déjà faites par le testateur.

La question de savoir quelles interrogations ont été faites au testateur seront toujours des questions de fait : ainsi, dès qu'un testament est annulé pour ne pas avoir été dicté, l'arrêt échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Aussi, ne saurions-nous trop recommander la prudence aux notaires dans leurs interpellations ou questions au testateur : s'ils n'ont pas bien entendu, dit Bayle-Mouillard (1), qu'ils se fassent répéter, s'ils n'ont pas compris, qu'ils demandent des explications, si les légataires nommés, si les biens donnés ne sont pas clairement indiqués, qu'ils questionnent pour savoir les prénoms, domicile, situation et confins. Il y a même des questions naturelles que les notaires adresseront au testateur : qu'elles sont vos intentions ? en faveur de qui voulez-vous disposer ? ne faites-vous aucun autre legs ? n'avez-vous rien à ajouter ? Ces demandes et les demandes analogues n'insinuent rien et ne contrarient aucunement la volonté du testateur, ne constitueront donc pas un testament *ad alterius interrogationem*, si d'ailleurs de lui-même et clairement, le testateur a exprimé au notaire les dispositions qu'il voulait faire. Il y a plus, si la disposition indiquée est contraire au droit, si elle est faite au profit d'un incapable, si elle est entachée de substitution, et contraire à la loi, qu'il fasse connaître

1. *Traité des Donations*, t. II, p. 345.

son inefficacité. Il est la loi vivante placée au chevet des malades pour les mettre en état de formuler légalement leurs volontés, mais qu'il se renferme strictement dans l'accomplissement de son devoir, qu'il n'oublie pas surtout qu'il ne doit exercer aucune influence sur les intentions du testateur, et que ses questions demeurent un danger, ses avis un abus, dès qu'ils ne sont pas nécessaires.

Et qu'il se souvienne que toute autre question à laquelle il ne serait répondu que par signes ou monosyllabes entraînerait la nullité du testament.

Conseils. — Nous venons de voir que le notaire doit s'abstenir, ainsi que les témoins, de suggérer toute pensée au testateur, mais peuvent-ils lui donner des conseils ? ou bien le testateur peut-il, pendant la rédaction d'un testament, être assisté d'un conseil ?

Les auteurs, Ricard, Saintespès, Lescot (t. IV), ne voyant là rien d'illicite, le lui permettent ; mais nous conseillerons au notaire de n'admettre pendant la rédaction du testament aucun tiers comme conseil du testateur : il y aurait là une appréciation de fait qui pourrait faire conclure à une suggestion, si le conseil donné avait porté sur le fond du testamemt, et qui annulerait ce testament. Pour le même motif, les notaires feront bien de s'abstenir de donner des conseils, quels qu'ils soient, pendant la durée de la dictée du testament.

Incapacité de dicter. — De tout ce qui précède il résulte

que le testament doit être dicté ou lu à haute et intelligible voix.

Il n'y aurait pas dictée au sens légal du mot si le testateur était hors d'état de parler (1) ou lorsque ses paroles deviendraient inintelligibles pour le notaire et il ne suffirait pas que les témoins seuls aient entendu prononcer les paroles du testateur, malgré l'attestation des témoins, le testament ne serait pas valable (Coin-Delisle).

Un muet, est donc dans l'impossibilité physique de faire un testament authentique, alors même qu'il exprimerait sa pensée par signes ou par écriture (2). .

Il en serait de même si, sans être muet totalement, il était presque hors d'état de parler, si, par exemple, il ne pouvait parler que par monosyllabes lui permettant de faire connaître sa pensée, mais non de dicter ses volontés (3).

D'autres auteurs (4) prétendent, au contraire, que le muet peut faire son testament par acte public, n'étant pas incapable légalement mais physiquement, et que cette incapacité étant surmontée par l'éducation, il n'y a pas de motif suffisant pour ne pas lui permettre d'user d'un droit qu'aucune loi ne lui retire.

La jurisprudence annule les testaments de sourds-muets

1. Cass., 3 avril 1900. D. 1900. 1. 259.

2. Vigan, 15 novembre 1894. D. 95 ; 263. — Demolombe, t. IV. — Aubry et Rau, t. VII. — Baudry-Lacantinerie, t. II. — Griffon, art. 972.

3. Nîmes, 25 mars 1878. D. 79. 2. 136. — Vigan, 15 novembre 1894 précité.

4. Laurent, t. XIII. — Huc, t. VI, n° 286. — Defrenois, rep., n° 13112.

faits au moyen de langage par signes ; cependant la Cour de Nancy (4), tout en annulant le testament, a paru admettre qu'un testament serait valable s'il était fait au moyen de l'alphabet guttural : la raison en est que la dictée du testament authentique consistant dans le fait de prononcer mot à mot ce qu'on destine à être écrit par le notaire, il faut pour dicter un testament, pouvoir parler ou tout au moins émettre des sons, par suite le sourd-muet ne sachant ni lire ni écrire, ne connaissant ni les méthodes du langage avec les doigts, ni l'alphabet guttural, et n'ayant à sa disposition pour exprimer sa pensée que des gestes et des signes ne peut dicter un testament.

Que s'il en peut être différemment au cas d'un sourd-muet instruit ayant recouvré le jeu de son organe vocal même imparfaitement, avec l'intelligence des paroles qu'il prononce, le testament authentique d'un sourd-muet doit être annulé pour omission d'une formalité substantielle : la dictée, au cas où le testateur n'aurait fait connaître sa pensée que par signes et gestes ; que d'autre part la lecture du testament étant une formalité essentielle, dont l'omission entraîne la nullité, le testament authentique du sourd-muet doit être, pour cette raison, encore annulé, si, à cause de sa surdité, le sourd-muet n'a pu entendre la lecture faite par le notaire et si, en outre, étant illettré, il n'a pu, après la lecture du testament, en faire lui-même la lecture ; que peu importerait que le testateur ait été assisté d'un interprète ayant traduit ses signes et gestes et qui, la lecture faite

1. Nancy, 3 janvier 1903. D. 1903. 2. 213.

par le notaire, a traduit le sens au testateur, l'interprète, en raison de l'impossibilité où était le sourd-muet de se faire comprendre, soit au moyen de l'alphabet des doigts ou de l'alphabet guttural, n'ayant pu prononcer avec une complète et suffisante certitude.

La jurisprudence est, en ce moment, un peu flottante et le notaire fera bien de ne recevoir de testament que de personnes se faisant normalement comprendre de tout le monde et le mieux serait de faire faire un testament olographe au muet ou sourd-muet.

En quelle langue doit être écrit le testament ? — Exigeant que le testament soit dicté, la loi n'a pas prescrit que le testament le soit en français.

La dictée peut donc être faite en une langue étrangère ou en patois et cela malgré l'arrêté du 24 prairial an XII, le testament authentique doit être écrit en langue française.

La question relative à la langue dans laquelle le testament doit être écrit a été soulevée par les notaires belges ayant à rédiger le testament de paysans flamands.

L'arrêté du 24 prairial an XII sus énoncé ordonnait la rédaction en français, sauf la rédaction à mi-marge en la langue du testateur, si celui-ci le demandait.

Par une lettre du 4 thermidor an XII le ministre de la Justice ordonnait l'écriture en français, les notaires rédigèrent donc le testament en français, avec traduction à mi-marge.

Mais alors, la lecture n'avait plus de sens, et le tes-

tateur était dans l'insécurité la plus grande puisqu'il ne pouvait vérifier ce qu'il avait dicté, la lecture étant faite dans une autre langue que la sienne, et le notaire ne pouvant pas lire la traduction en langue étrangère.

La jurisprudence admit cette doctrine (ainsi un testament ne peut être déclaré nul parce que, dicté en langue étrangère, il a été écrit en français par le notaire (1), requête du 4 mai 1807 ; ainsi encore un testament dicté et écrit en allemand et traduit par le notaire à mi-marge en français est valable) (2), soutenue par un grand nombre d'auteurs (3).

Le notaire devra alors connaître la langue du testateur pour comprendre ce qui lui est dicté, s'il ne connaît pas la langue du testateur qui lui ne sait pas le français ; il ne doit pas lui être permis de se servir d'un interprète (D. *J. G.* Disp. 2878), car les familles n'auraient plus la garantie du témoignage personnel des notaires, et le testateur lui-même n'aurait plus la certitude légale que la loi entend lui assurer : elle ne résulterait pas de la lecture qui serait donnée de la traduction, car cette traduction ne serait pas l'œuvre du notaire qui ne saurait pas la langue du testateur (4).

1. Liège, 24 novembre 1806. Dalloz, *J. G.* Disp., 2874.

2. Trèves, 10 juin 1807. Dalloz, *J. G.* Disp., 2884-1° et 2912-4°. — Douai, 2 mars 1842.

3. Toullier, 5, n° 450. — Duranton, 978. — Defrenois et Vavas seur, 267. — Aubry et Rau, t. V, p. 492. — Marcadé, 972, 9. — Troplong, 1529. — Grenier, 2.255 ; Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1054.

4. Dalloz même sens. — Duranton, t. IX, n° 8. — Bayle-Mouillard, art. 971,

D'autres auteurs soutiennent que le testament devait être rédigé dans la langue du testateur quant aux dispositions du testateur seulement, le surplus du testament, préambule, clôture, mentions, devant être écrit en français.

Peu importe que le notaire connaisse la langue, condition exigée par Demolombe, ou ne la connaisse pas (Coin-Delisle), il suffit qu'il puisse écrire (1).

Si la doctrine n'est pas d'accord à ce sujet, la jurisprudence ne cesse de varier.

Ainsi, lorsque le notaire ne comprend pas l'idiome du testateur, il peut et doit recourir à un interprète, surtout si le testateur, comprenant le français, ne peut pas le parler correctement, était à même d'apprécier l'exactitude de la traduction, et si deux des témoins au moins comprenaient le français (2) et, si le notaire ne pouvait parler la langue du testateur, mais la comprenait.

Ainsi, un testament, énonçant qu'il a été dicté au notaire de la manière et ainsi qu'il a été écrit, ne peut pas être attaqué, sous prétexte que le testateur n'entendait pas la langue française (3).

Ainsi, un testament où le protocole était écrit en français

no 3. — Troplong, t. III. — Vazeilles, t. II. — Coin-Delisle, art. 972. — Demolombe, t. XXI. — Marcadé, art. 972-2°.

1. Cass., 12 août 1868. S. 68. 1. 405.

2. Metz, 21 août 1823. Dalloz *J. G.* Disp. 2878-2° et Metz, 19 novembre 1823. *Id.*

3. Rennes, 30 décembre 1820. Dalloz, *J. G.*, Disp., 2876.

et les volontés en italien, langue parlée du testateur, a été validé (1).

Ainsi encore, un testament dicté en flamand et écrit en français par le notaire qui l'avait interprété ensuite dans la langue de la dictée au testateur, qui avait déclaré le comprendre, fut validé par un arrêt de la Cassation belge du 5 mai 1887 (2).

Ainsi enfin, un testament dicté en italien, écrit en français, dans lequel il était constaté que le testateur avait déclaré parfaitement comprendre la lecture, sans indiquer en quelle langue la lecture avait été faite, fut validé par la Chambre des requêtes (3).

On voit donc le flottement de la jurisprudence et l'indécision de la doctrine.

La traduction instantanée faite par le notaire est trop délicate pour que nous la conseillions.

L'écriture en langue étrangère ou en patois par un notaire ignorant ces langues et idiome n'offrirait qu'un ensemble indéchiffrable.

Nous conseillerons au notaire de ne faire un tel testament, qu'il parle ou non la langue parlée du testateur; qu'il la comprenne ou non, qu'avec l'aide de plusieurs témoins comprenant bien la langue du testateur, interpellés à ce sujet.

1. Cass., 12 août 1868. S. 68. 1. 405 sur un arrêt de Bastia, 19 décembre 1866.

2. D. 88. 2. 120.

3. 3 avril 1891. D. 93. 1. 31.

Le notaire aura soin de mentionner son interpellation et les réponses faites par les témoins, à la condition toutefois qu'un ou plusieurs témoins comprendront les deux langues pour pouvoir contrôler, qu'il y ait ou non un interprète.

Et dans ces conditions le notaire écrira toujours le testament sauf à se le faire épeler, dans la langue du testateur ; et, à mi-marge, en rédigera la traduction, dictée par l'interprète ou les témoins.

Il fera ensuite lecture dans les deux langues, en indiquant que le texte français n'est que la traduction du testament, et en fera mention, le tout en présence des témoins, et il en fera mention.

Le testament ainsi sera écrit tel que dicté, l'acte sera rédigé en français et la lecture aura été comprise, mais, surtout, le notaire devra s'attacher à bien écrire le testament dans la langue du testateur, nous le répétons, quitte à se faire épeler chaque mot, car en cas de contestation, ce serait ce texte qui serait le véritable texte du testament dont la traduction serait alors faite par un interprète juré.

Le testament doit-il être dicté en entier ? — Nous avons vu que le testament se compose de plusieurs parties, les dispositions proprement dites, qui forment le testament même, et sont l'œuvre du testateur, et le préambule, la clôture qui sont l'œuvre du notaire rédacteur.

L'on s'est demandé si le testateur devait dicter tout le testament ou simplement ses dispositions de dernières volontés.

Autrefois, l'on considérait comme valables les testaments dans lesquels le testateur n'avait dicté que ses dispositions, le préambule et la clôture étant l'œuvre exclusive du notaire, et mentionnant ou renfermant des formalités que le testateur ne pouvait connaître, et la jurisprudence rendit plusieurs arrêts dans ce sens (1). Estimant, avec raison à notre sens, que la volonté du testateur restait entière n'ayant pas à souffrir de la non-dictée de ce préambule ou de cette clôture.

Nous avons vu plus haut qu'un arrêt de la Cour de cassation du 27 avril 1857, S. 57. 1. 312 décida que le préambule d'un testament, en faisant partie intégrante, devait être dicté par le testateur et écrit par le notaire, comme les autres parties du testament, quoiqu'il ne contienne l'expression d'aucune disposition testamentaire, et ne se compose par exemple que d'une profession de foi religieuse. Il s'agissait ici d'un prêtre, qui avait écrit à l'avance le préambule contenant une profession de foi, que le notaire s'était contenté de recopier et le testament fut annulé.

Le jurisprudence étant hésitante, le notaire fera mieux de s'abstenir de copier le préambule et la clôture, se contentant de ne pas écrire sous la dictée, ce que nous appellerons le cadre du testament, c'est-à-dire ce qu'on retrouve avec la même formule, les mêmes termes dans tous les testaments.

1. Cass., 18 juillet 1837, 4 mars 1840 et Montpellier, 24 juillet 1867.

En cas d'annulation il pourrait être responsable, et la jurisprudence pourrait voir dans un simple préambule autre chose qu'une formule, une sorte de testament spirituel précédant le testament proprement dit.

SECTION II

De l'écriture

Le testament doit être écrit par le notaire, ou par l'un des notaires si le testament est reçu par deux notaires, tel est l'avis de l'unanimité des auteurs (1). Et immédiatement l'on s'est demandé ce que le notaire devait écrire lui-même de sa propre main.

Est-ce le testament en entier ?

Ou bien les dispositions du testateur ?

Ce qui doit être écrit par le notaire. — Les auteurs sont d'avis en majorité, que le notaire n'est obligé d'écrire que le dispositif du testament dont le préambule pouvait être écrit par une personne quelconque (2) .

La jurisprudence, qui ne comprend en cette matière qu'un seul arrêt (3), décide que les noms, et éventuellement la

1. Demolombe, t. IV, *Donat.*, — Aubry et Rau, t. VII, p. 125. — Fuzier-Hermann, sur l'article 972.

2. Coin-Delisle, art. 972. — Demolombe, t. XXI. — Laurent, t. XIII. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, p. 92.

3. Caen, 15 février 1842. Dalloz, Disp. f. 9., 2887.

demeure des témoins qui ont assisté à la confection du testament authentique, doivent, à peine de nullité, y être écrits de la main même du notaire, aussi bien que les dispositions de l'acte, dictées par le testateur.

Le notaire fera donc bien d'écrire lui-même le testament en entier, sa responsabilité pourrait être engagée dans le cas contraire.

Si l'y a deux notaires la loi n'oblige pas le même notaire à écrire l'acte en entier, si l'un des notaires est fatigué, et si l'autre prend la plume il doit en être fait mention dans l'acte (1).

Conformité de l'écriture avec la dictée. — L'action du testateur qui dicte, et celle du notaire qui écrit, sont en corrélation étroite, le notaire ne doit écrire que ce que le testateur prononce.

Le notaire doit écrire le testament tel qu'il lui est dicté, dit l'article 972 du Code civil.

Que faut-il entendre par là ?

Est-ce une reproduction servile des locutions du testateur ?

Ou bien est-ce seulement le sens des dispositions ?

Certes, le testament sera plus clair si le notaire rédige lui-même la dictée que lui fait le testateur, il en reproduira

1. Cass., 4 mars 1840. S. 40. 1. 337. — 15 janvier 1845. D. 45. 1. 92. — 6 décembre 1875. Dalloz, f. g., Disp., 2888. — Aubry et Rau, t. VII, § 670. — Troplong, *Donation*, t. III. — Rolland de Villargues, *Test.*, n° 171. — Toullier, t. V, no 421.

mieux peut-être la pensée ; la loi, dit M. Baudry-Lacantinerie, fait, du notaire qui tient la plume, le secrétaire du testateur, mais, elle ne lui défend pas d'être un secrétaire intelligent, qui n'aura pas à reproduire mot à mot, et au fur et à mesure qu'elles sont prononcées, les paroles du testateur, il suffira d'en rendre le sens et la substance d'une façon exacte.

L'opinion des auteurs est générale sur ce point (1) et la jurisprudence fixée en ce sens (2).

Le notaire ne devra néanmoins, selon l'expression de Demolombe, faire, soit aux expressions du testateur, soit à l'ordre dans lequel il les exprime, que le moins possible de changement, et, ces changements ne devront porter que sur la forme, sur le style, la distribution matérielle des dispositions, sans jamais altérer le sens, sans y rien supprimer, n'y ajouter, de manière, que les mots employés par le notaire, s'ils ne sont pas les mêmes que ceux dont le testateur s'est servi, reproduisent exactement tout ce qu'il a dicté.

1. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II. — Demolombe, *Donat.*, 4, n° 250. — Huc, t. VI, n° 288. — Laurent, t. XIII, n° 314. — Aubry et Rau, t. VII, n° 670, p. 125. — Fuzier-Hermann, sur l'article 972. — Toullier, t. III, n° 469. — Grenier, t. I, n° 237. — Duranton, t. IX, n° 77. — Demante, t. IV, n° 117 bis-1°. — Massé et Vergé, Coin-Delisle, Troplong, t. III. — Ruttgeerts et Amiaud, t. I, n° 171. — Planiol, t. III, n° 2703.

2. Cass., 4 mars 1840. S. 40. 1. 337. — 15 janvier 1845. D. 45. 1. 92. — 6 décembre 1875. S. 76. 1. 30. — 12 février 1879. S. 79. 1. 121. — 13 juin 1882. D. 82. 1. 312. — 7 janvier 1890. S. 90. 1. 120. — Nancy, 21 juin 1888, sous Cass. du 6 novembre 1889. D. 90. 1. 354. — Toulouse, 24 novembre 1896, sous Cass. du 24 novembre 1898. D. 99. 1. 273.

Testament rédigé à la troisième personne. — La question s'est posée de savoir si le notaire pouvait rédiger le testament à la troisième personne.

La jurisprudence et la doctrine reconnaissent au notaire le droit de rédiger le testament à la troisième personne, si, d'ailleurs, le notaire mentionne que le testament est écrit tel qu'il a été dicté (1).

Le notaire n'étant pas tenu, d'ailleurs, de reproduire mot à mot les paroles du testateur, leur conserve leur sens en les mettant à la troisième personne ce qui parfois facilite la rédaction des phrases.

Écriture de toutes les dispositions du testament. — Mais le notaire devra, qu'il écrive le testament à la première ou à la troisième personne, respecter le fond du testament, sinon il serait responsable de sa nullité et, il ne pourra pas, s'il sait une disposition immorale, ou contraire à la loi, la passer sous silence, ni omettre une disposition quelconque, il sera toujours responsable; cependant, les expressions injurieuses ou les déclarations diffamatoires qui pourraient être prononcées par le testateur ne sauraient être transcrites dans le testament. Si le testateur, dit M. Fuzier-Hermann, insistait pour qu'elles fussent reproduites, le notaire devrait refuser son ministère, car, il va

1. Bourges, 26 février 1855. D. 55. 2. 295. — Nîmes, 29 avril 1806. S. 13. 2. 299. — Angers, 13 août 1807. S. 7. 2. 253. — Cass., 18 avril 1809. S. 9. 1. 129. — Aubry et Rau, p. 125. — Demolombe, t. XXI, p. 253. — Amiaud, *Traité form.*, t. V, p. 130. — Laurent, t. XIII, n° 315. — Merlin. *Rép. not. test.*, section II, § 3, n° 2.

de soi, que la loi n'a pas pu l'obliger de se rendre complice d'un délit; il en est autrement de certaines déclarations simplement défavorables à un tiers, que les testateurs croient devoir faire, non dans l'esprit de nuire, mais pour expliquer leurs dispositions (1).

Bien que le notaire n'encoure aucune responsabilité lorsqu'il rapporte la volonté personnelle du testateur, il fera bien de se tenir en garde et de toujours peser les expressions dont il se servira. C'est affaire d'appréciation des tribunaux et tout ce qui pourrait être considéré comme diffamatoire pour les tiers devra être écarté.

Ponctuation. — La ponctuation est essentielle pour le sens et la bonne compréhension d'un texte, une virgule déplacée modifie le sens d'une phrase ou le rend douteux, et la ponctuation fait foi jusqu'à inscription de faux, le notaire devra donc apporter le plus grand soin à bien placer la ponctuation dans le testament, bien qu'ici la preuve nous paraisse difficile (2).

Testament copié. — Il n'est pas nécessaire, dans l'opinion générale, que l'acte soit écrit de suite sur timbre, il pourra d'abord être rédigé sur papier libre, pourvu que sa transcription sur timbre soit faite immédiatement en présence

1. Cass., 7 mars 1876. D. 77. 1. 253. — Pau, 17 mars 1890. D. 91. 2. 124.

2. Limoges, 14 août 1810. — Cass., 12 juin 1811. Dalloz, Disp. J. G. 2871, 2984.

du testateur du second notaire et des témoins (1), et la jurisprudence a rendu nombre d'arrêts en ce sens (2), ce dernier arrêt admet que :

Si au lieu de faire usage de l'écrit qu'il venait de tracer, le notaire l'eût mis de côté et se fiant à ses souvenirs eut recommencé le testament, ce testament écrit sous la seule impression de la dictée échapperait aux reproches dirigés contre celui qui a été copié sur le premier écrit, quoiqu'il représentât en vérité moins de garantie (3).

Le notaire fera acte de prudence en opérant ainsi, de conserver le brouillon du testament, de graves difficultés pouvant s'élever au sujet de savoir si la seconde rédaction est conforme à la première et, dans le cas où, par témoignage, elle serait déclarée non conforme, la responsabilité du notaire serait engagée.

Références. — Le notaire peut, d'après l'opinion la plus suivie, se référer dans le testament à des actes antérieurs, par exemple pour une désignation d'immeubles (4).

Présence du notaire. — De tout ce qui précède, il résulte que le notaire doit être présent à la dictée, c'est-à-dire

1. Demolombe, t. XXI, n° 254. — Aubry et Rau, Huc, Planiol, t. III, n° 2703. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II. — Sens contraire : Ruttegeerts et Amiaud.

2. Cass., 19 mars 1861. D. 61. 1. 99. — 27 juillet 1884. S. 85. 1. 127. — Bordeaux, 9 mars 1859. D. 59. 2. 220.

3. Nancy, 21 juillet 1888.

4. Orléans, 20 juin 1845. — Cass., 7 avril 1847. D. 47. 1. 221.

qu'il doit être auprès du testateur, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point, et la jurisprudence est très stricte (1).

Néanmoins le notaire n'aura pas besoin d'être dans la même pièce que le testateur, il suffira qu'il puisse voir le testateur à tout instant (2), se rendre compte de son état, s'assurer qu'il n'y a pas près de lui de personnes étrangères lui faisant craindre une suggestion et converser avec lui, lui demander des explications, des précisions.

Le notaire devra donc être, sinon près du testateur, suffisamment près pour entendre et voir le testateur, qui lui, n'aura pas besoin de voir le notaire (3), mais le notaire devra, autant que possible, éviter la présence de tiers à la confection du testament; ainsi dans une salle d'hôpital il fera bien de s'écarter, d'isoler le testateur au moyen de paravents ou de rideaux, il évitera ainsi, autant qu'il lui aura été possible, le reproche de suggestion.

1. Cass., 29 janvier 1839. — Angers, 8 mars 1855. — Cass., 19 mars 1861. S. 61. I. 760. — Demolombe, t. XXI. — Cass., 20 janvier 1840. S. 40. I. 112. Par ce dernier arrêt fut annulé le testament reçu par un notaire dans une chambre où gisait le testateur, atteint de choléra, et écrit par le notaire dans une pièce de la même maison deux étages au-dessous de la chambre du testateur, de sorte qu'il était impossible de converser.

2. Rouen, 17 juillet 1859. — Cass., 19 mars 1861.

3. Bayle-Mouillard, *Testament d'un aveugle*. — Demolombe, en ce sens.

SECTION III

De la présence des témoins.

Nous verrons plus loin que le testament doit être lu au testateur en présence des témoins, aux termes de l'article 972 du Code civil.

Indépendamment de la présence des témoins à la lecture, la présence de ceux-ci est indispensable à la dictée, à l'écriture et à la signature.

Le Code civil emploie l'expression : le testament doit être *reçu* en présence des témoins ; or, la réception comprend toutes les formalités du testament.

Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1).

Donc : présence réelle des témoins, voici le principe justifié parce que la présence des témoins est une garantie, et la recommandation spéciale de l'article 972 s'explique parce que le législateur craignait que la lecture ne fût pas considérée comme une partie de la réception de l'acte.

1. Laurent, t. XIII, p. 297. — Demolombe, *Donat.*, t. IV, n° 239 bis. — Aubry et Rau, t. VII, p. 125. — Fuzier-Herman, sur l'article 972. — Baudry-Lacantinerie, t. II. — Cass., 18 janvier 1864. D. 64.1.139. — Nancy, 24 juillet 1833. Dalloz, *J. G.*, Disp. 2905, 2°. — Cass., belge, 22 avril 1815. Pasicrisie 15, p. 358. — Cass. req., 16 février 1816. Pasicrisie 16, p. 47. — Cass., 27 avril 1857. D. 57.1.365. — Req., 18 janvier 1864. D. 64.1.139. — Chambéry, 12 février 1873. D. 73.2.159. — Voir également Merlin, t. XVII, p. 622. — Duranton, *Donat.*, p. 19. — Grenier, *Donat. et test.*, t. I, p. 246. — Troplong, t. III, n° 1522.

La jurisprudence interprète avec la dernière rigueur l'exigence de la présence réelle. Si l'un des témoins est obligé de s'absenter, si courte soit la durée de son absence pendant la réception du testament, celui-ci sera annulé (1).

En conséquence : le notaire ne devra pas permettre aux témoins de s'absenter, il les préviendra d'ailleurs avant de commencer de la nécessité de leur présence constante, pour ainsi leur permettre de prendre toutes leurs précautions. Si malgré tout le fait se produit, le notaire cessera de rédiger le testament, et nous serons même d'avis qu'en s'arrêtant, il mentionne sur l'acte le motif de cet arrêt, et indique, en reprenant sa rédaction, que le témoin étant de retour, il instrumente à nouveau et cela, alors même que le testament serait lu à tous les témoins ; certainement l'absence d'un témoin rendrait l'acte nul.

Les témoins devront être présente ; mais qu'entend-t-on par présence ?

Nous dirons pour la présences des témoins, ce que nous venons de dire précédemment pour la présence des notaires.

Les témoins devront voir et entendre le testateur et voir le notaire écrire, sans être obligés d'être au chevet du testateur. Par exemple le témoin sera considéré comme

1. Bordeaux, 8 mai 1860. S. 60. 2. 129, préc. : il s'agissait d'un médecin témoin, qui pendant que le notaire recopiait le testament, était sorti quelques minutes. — Cass., 1^{er} janvier 1864. D. 64. 1. 139. — Bordeaux, 9 mars 1859. D. 59. 2. 220. — Nîmes, 28 mars 1878. D. 792. 136 ; dans ce cas, le notaire avait rédigé le testament sur des notes à lui remises par le testateur, hors a présence des témoins. Req., 1^{er} juillet 1884. S. 85, 1. 127.

ayant été présent à l'écriture, même s'il s'est retiré dans une pièce contiguë à la chambre où se trouvait le testateur, et, si de la porte restée ouverte, il a pu voir le testateur dictant et le notaire écrivant le testament (1), alors qu'il n'a pu voir la porte étant restée ouverte, s'il est resté hors de la vue des autres témoins, s'il n'a pu entendre, si par exemple il s'est occupé à autre chose, le testament sera nul, le témoin étant réputé ne pas avoir été réellement présent (2).

On admet généralement que le préambule du testament qui, dans l'opinion dominante, n'est pas considéré comme partie intégrante du testament, et peut être écrit nécessairement par le notaire en présence des témoins, ce préambule étant, ainsi qu'on l'a vu plus haut, l'œuvre personnelle du notaire, il est donc suffisant, pour la validité du testament, que les témoins assistent à la dictée des dispositions testamentaires elles-mêmes (3) ; mais on ne pourrait considérer comme préambule celui qui émanerait du testateur lui-même, quand bien même il ne contiendrait pas de dispositions de biens ; un tel préambule, émanant du testateur, doit être dicté et écrit en présence

1. Cass. civ., 29 mars 1861. D. 61. 1. 100.

2. Bordeaux, 8 mai 1860. D. P. 60. 2. 129,

3. En ce sens : Coin-Delisle, art. 972, n° 10. — Marcadé, art. 972. — Bayle-Mouillard, t. II, n° 280. — Massé et Vergé, t. III, § 439. — Aubry et Rau, t. VII. — Baudry-Lacantinerie, t. II p. 99. — Demolombe, t. XXI, n° 264. — Cass., 14 juin 1837. S. 37. 1. 482. — 4 mars 1840. S. 10 1. 37. 1. 337. — Montpellier, 24 juillet 1867. S. 68. 2. 191. — Chambéry, préc. — Cass., préc.

des témoins. Tel est d'ailleurs l'avis de la Cour de cassation appliqué à un protocole dans lequel le testateur affirmait sa foi religieuse (1).

Le notaire évitera d'engager sa responsabilité, en faisant entrer les témoins dans la pièce même où se trouvera le testateur.

Durant la dictée ou l'écriture, nous conseillons au notaire de recommander aux témoins de porter toute leur attention sur ce qui se passe devant leurs yeux, l'esprit de la loi voulant qu'ils puissent en témoigner au besoin, et le notaire, en mentionnant cette recommandation aux témoins, prouvera qu'il a fait tout ce que le devoir lui prescrivait..., et ne serait-ce qu'une satisfaction morale, elle aurait encore sa valeur.

SECTION IV

Lecture en présence des témoins

Il doit être donné lecture du testament au testateur, en présence des témoins. Cette formalité est tellement essentielle que le testament serait nul si elle n'avait pas lieu (C. civ., art. 972 et 1004).

Il faut bien en effet vérifier si le notaire a exactement recueilli les dispositions qui ont été dictées par le testateur ; et, en outre, il faut que les témoins puissent assu-

1. Cass. préc., 27 avril. D. 57. 1. 365.

rer par leur signature que la rédaction est conforme à ce qui a été lu au testateur par le notaire (1).

Nous allons avoir à étudier à cet égard plusieurs questions : la loi dit :

1° Lecture, et c'est tout.

Mais qu'entend-t-on par lecture ?

2° Et puis, que doit-on lire ?

3° Qui doit lire ?

4° A qui doit-on lire ?

1° *Qu'entend-on par lecture ?* — Par lecture il faut entendre la lecture donnée, à haute voix, par le notaire, à un testateur qui entend en présence de témoins qui entendent. Il ne suffirait pas que la lecture soit faite à voix basse, soit par le notaire, soit par toute autre personne, comme on le verra plus loin.

Le mot lecture contient en soi la constatation du fait matériel de la lecture et de l'audition. Ainsi, un sourd-muet, ne sachant pas lire lui-même, ne pourra faire son testament en la forme authentique (nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut au sujet du sourd-muet, pour la dictée). Donc, si le testament est en langue étrangère, les deux langues devront être lues, de manière que le testateur et les témoins comprennent chacune des lectures qui seraient faites ;

2° *Que doit-on lire ?* — La lecture doit être faite du tes-

1. Troplong, t. III.

tament entier, les additions, renvois; la nullité d'un testament serait certainement prononcée, s'il était établi que la lecture d'une seule disposition, même insignifiante, n'a pas été faite (1).

Cependant la nullité résultant du défaut de lecture d'un renvoi, ne doit entraîner la nullité entière du testament, que s'il se rattache nécessairement et fait suite aux dispositions du corps de l'acte; il doit en être autrement s'il constitue une disposition distincte; dans ce cas le renvoi seul est nul (2).

Certains auteurs distinguent les clauses qui sont non point des dispositions, mais des explications, et permettent de ne point lire les clauses explicatives (3). Cette idée a été appliquée par la jurisprudence aux clauses révocatoires qui se trouvent quelquefois en fin des testaments; mais les distinctions que suppose une telle exception sont arbitraires et repoussées par l'article 972, qui veut que tout ce qui est dicté par le testateur, soit écrit, et que tout ce qui est écrit, soit lu.

L'on s'est demandé si la mention de ne pouvoir signer devait être lue au testateur en présence des témoins. Si l'article 973 du Code civil prescrit de mentionner expressé-

1. Dalloz, *J. G.*, Disp. n° 2914. — Toulouse, 22 juin 1864. D. 67. 2. 167. Cet arrêt annula un testament dans lequel un legs était placé dans la rédaction de l'acte, de telle manière qu'il était constant que la lecture n'avait point été faite.

2. Dalloz, *J. G.*, Don., n° 2813.

3. Demolombe, t. I, n° 274. — Laurent, t. XIII, n° 322. — Aubry et Rau, t. XII. — Bayle-Mouillard, t. II, n° 239.

ment la déclaration du testateur de ne pouvoir signer, cet article ne reproduit pas à l'égard de cette mention les dispositions de l'article 972 du Code civil, et n'exige pas qu'il soit énoncé que ladite mention a été lue au testateur en présence des témoins. Le vœu de la loi sera rempli, il nous semble, par la mention expresse de la déclaration du testateur de ne pouvoir signer, sans qu'il soit besoin d'y ajouter la mention expresse de la lecture de cette déclaration en présence des témoins. Cette décision a été consacrée par quatre arrêts de la Cour de cassation des 8 mai et 4 juin 1853 (1). Le notariat s'était vivement ému de la solution contraire résultant d'un arrêt de la Cour de Paris, du 14 juillet 1851 (2), approuvé par Troplong. La jurisprudence suit maintenant l'esprit de ces arrêts, approuvés par beaucoup d'auteurs (3).

Néanmoins, nous conseillerons au notaire de lire le testament en entier, c'est-à-dire tout ce qui aura été écrit sur le papier timbré, et de ne point faire de distinction sur ce qu'il doit lire ou ne pas lire, peut lire, ou peut se dispenser de lire : le notaire sera ainsi couvert et la question de responsabilité ne pourra même pas naître.

3° *Qui doit lire.* — Une controverse assez importante s'est élevée au sujet de savoir par qui la lecture du testa-

1. *J. N.*, art. 155222.

2. *J. N.*, art. 14409.

3. Demolombe, t. XXI, n° 315. — Bayle-Mouillard, t. II, n° 240. — Marcadé, *Revue critique de jurisprudence*, t. II, p. 357. — Vazeilles, Aubry et Rau.

ment devait être faite, et trois opinions ont été émises à ce sujet.

Selon les uns c'est le notaire seul qui doit faire la lecture ; selon d'autres cette lecture est possible faite par le testateur, selon d'autres enfin, elle peut être faite même par des tiers.

PREMIÈRE OPINION.— *Le notaire seul doit donner lecture du testament.*— Cette doctrine, soutenue par Demolombe, se fonde sur ce que la lecture étant une formalité substantielle du testament, doit être accomplie par le notaire qui est tenu d'accomplir les formalités requises par la loi. D'ailleurs, dit-il, le testateur ne pourrait pas faire cette lecture, puisque le Code civil, article 972, veut que la lecture soit donnée au testateur ; les témoins non plus, puisque la lecture doit s'effectuer en leur présence (1).

La conséquence de cette doctrine est d'empêcher un sourd de faire son testament authentique : la lecture devant être faite par le notaire seul, le sourd ne l'entendrait pas et le testament serait nul, ce qui nous paraît exorbitant si ce même sourd est lettré et a pu par la lecture, qu'il en aurait lui-même faite, se rendre compte de la conformité de la rédaction avec sa pensée, et un arrêt de cassation (2)

1: Delvincourt, *D. J.*, t. II, p. 57. — Duranton, t. II, p. 83. — Vazeilles, *Don. et test.*, id., n° 8 (*Rev. du notariat*, 1868, n° 268 et suiv. — Michaux, *Traité des testaments*, n° 1870. — Massé et Vergé, *D. J.*, t. III et 108. — Grenier, t. II, p. 231.

2. 10 avril 1854. D. 54.1.166.

sanctionna cette rigoureuse théorie. Il s'agit, bien entendu d'un sourd incapable d'entendre et non d'un individu seulement dur d'oreilles ou susceptible d'entendre avec un cornet acoustique ou par tout autre moyen (1).

DEUXIÈME OPINION. — *Par le testateur.* — La majorité des auteurs (2) admet aujourd'hui que le testateur peut faire lui-même la lecture du testament.

D'après cette théorie, l'argument invoqué est celui-ci: rien dans la loi n'exigeant que la lecture à voix haute soit faite par le notaire, mais disant seulement que la lecture en sera faite au testateur, à plus forte raison, on sera dans l'esprit de la loi si c'est le testateur qui lit lui-même, s'assurant par là de la conformité de la rédaction avec sa pensée.

Cependant le vœu de la loi ne serait pas rempli si le testateur se bornait à lire à voix basse et pour lui seul le testament que le notaire vient d'écrire (3).

Quelques arrêts ont été rendus en faveur de cette théorie (4).

1. Cass., 1^{er} janvier 1874. D. 75.2.39.

2. Coin-Delisle, art. 972. — Marcadé, *id.* — Massé et Vergé, t. III, § 439, note 37, p. 108. — Bayle-Mouillard, t. II, n° 230. — Laurent, t. XIII, n° 321. — Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1057. — Baudry-Lacantinerie, t. II, n° 2052. — Demante, t. IV, n° 117 bis. — Ruttgeerts et Amiaud, t. I, n° 174.

3. Cass., 10 avril 1854. D. 54. 1. 169. — Montpellier, 1^{re} décembre 1852. D. 53. 2. 82. — Laurent, t. XIII. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2054. — Fuzier-Hermann, art. 972.

4. Cass., 14 février 1872. D. 72. 1. 458. — Paris, 21 février 1879. S. 79. 2. 150. — Pau, 9 juillet 1867. R., note 1019.

Il faut, selon nous, que le testateur lise à haute voix le testament, sans quoi rien ne pourra prouver qu'il l'a lu ; il aura pu regarder le texte sans chercher à comprendre ; aussi un arrêt de Cassation du 10 avril 1854 (D. 54. 1. 269) ci-dessus cité, déclara incapable de tester dans la forme authentique un sourd par suite de l'impossibilité pour le testateur d'entendre la lecture en présence des témoins.

Selon nous, le notaire, lorsqu'il s'agira d'un sourd, devra lui-même faire une lecture du testament, puis le sourd devra en faire une seconde à voix haute, de manière que les témoins se rendent compte que le testateur a bien lu et non regardé le testament ; et le notaire devra faire mention de cette double lecture, indiquer que celle faite par le testateur l'a été en présence des témoins et à haute et intelligible voix (1).

De même, d'un autre côté, s'il est établi qu'un individu non sourd, mais dur d'oreilles, n'a pu entendre la lecture à lui faite, le testament sera nul (2).

TROISIÈME OPINION. — *N'importe qui.* — La loi, disent les partisans de cette théorie, qui prescrit au notaire d'écrire lui-même le testament, ne prescrit pas qu'il en donne lui-même lecture et le silence du législateur à ce sujet est d'autant plus significatif, qu'en rédigeant l'article 972 du Code civil, le législateur avait sous les yeux le texte de l'ancien article 23 de l'ordonnance Royale de 1735 disant :

1. En ce sens : Aix, 10 nov. 1869. D. 70. 2. 106. — Paris, 16 janv. 1874.

2. Cass., 28 décembre 1898. S. 99. 1. 71.

« Les testaments seront reçus par deux notaires..., lesquels notaires ou tabellions, ou l'un d'eux, écriront les dernières volontés du testateur telles qu'il les dictera et lui en fera ensuite lecture. »

L'écriture par le notaire serait donc seule suffisante, quant à la lecture, peu importe qui la fera : c'est une mesure de contrôle ; dès que ce contrôle aura eu lieu, l'esprit de la loi sera sauvegardé (1).

Quoi qu'il en soit, nous admettrons en principe que la lecture doit être faite par le notaire, que si le testateur est sourd, deux lectures devront être faites comme nous l'avons vu plus haut : une par le notaire, une par le testateur à haute voix et, malgré l'opinion générale admettant actuellement qu'un clerc, ou toute autre personne peut donner lecture du testament, nous ne conseillerons pas au notaire de le faire.

Si le testament est écrit en deux langues comme nous l'avons vu plus haut, que le notaire donne lecture des deux langues et que le sourd fasse la lecture de la langue qu'il connaît et parle, et que de tout soit fait mention.

A qui la lecture doit être faite ? — L'ordonnance de 1735 exigeait qu'il fut fait mention de la lecture du testament, mais elle ne prescrivait point, comme le Code civil, la mention expresse que la lecture avait été faite au testateur en présence des témoins (2). Il nous suffira d'indi-

1. Bordeaux, 5 juillet 1855. D. 56. 2. 9.

2. Cass. 15 déc. 1819, *J. N.*, art. 3083. 3283, 4556.

quer ici que le Code civil veut que la lecture soit faite au testateur en présence des témoins. Nous verrons plus loin ce qu'il faut entendre par là, lors de l'étude des mentions expresses.

SECTION V

Des mentions expresses

Il n'est pas suffisant que les formalités ci-dessus aient été observées et accomplies, la preuve doit en être fournie par le testament lui-même, car un testament doit se soutenir par son propre contexte, sans avoir besoin de preuves étrangères. Voilà pourquoi, dit Troplong, l'article 972 du Code civil exige qu'il soit fait mention expresse, que les formalités ont bien été accomplies, la loi supposant, à défaut de ces mentions, que le notaire les a omises.

Cette mention contient en effet la preuve légale que le vœu de la loi a été rempli : le caractère du notaire, la présence des témoins, celle du testateur qui aurait intérêt à faire entendre ses plaintes, sont autant de preuves que la mention expresse ne fait que constater la vérité. Ce n'est pas par pur formulisme qu'on exige la mention de solennités particulières aux testaments (1).

Voilà l'idée du législateur, la jurisprudence décidant au

1. Merlin, *Rép. Testam.*, § 2, art. 4. — Troplong, *des Donations et testaments*, n° 1535.

début de la promulgation du Code civil que le défaut de mention n'était pas une faute grave, mais un oubli, ne condamnait les notaires que légèrement (1), mais aujourd'hui le notaire est déclaré gravement fautif, le testament annulé et le notaire responsable; cependant il faut bien remarquer que cette responsabilité est extrêmement rare, les expressions mêmes de la loi étant devenues une expression de style, une formule toujours mise dans les actes.

L'utilité des mentions consiste donc à engager la responsabilité pénale du notaire qui déclarerait mensongèrement avoir rempli l'une des formalités qu'il aurait omise, et commettrait ainsi un faux en écriture publique (2).

Qui doit écrire la mention ? — Il est fait du tout mention expresse et c'est tout, mais de qui doit émaner cette mention? telle est la première question qui se pose.

Le législateur a cherché à s'assurer de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, comme nous l'avons dit, en faisant mention que ces formalités ont été remplies; dans notre ancien droit (art. 5, ordonnance de 1735) cette question était controversée; aussi certains auteurs ont conclu de ce silence que la mention mise de la main du testateur n'entraîne pas la nullité du testament (3).

1. Grenoble, 12 juillet 1831. S. 32. 2. 299.

2. Saintespès-Lescot, t. IV. — Merlin, précité. — Demolombe, t. XXI, n° 278.

3. Coin-Delisle, art. 972, n° 53. — Vazeilles, art. 972. — Saintespès-

Cependant il nous semble que placer ces mentions dans la bouche du testateur, ce serait déjouer la prévision du législateur, en ce sens qu'on pourrait déclarer fausse ces mentions, sans que le notaire soit poursuivi pour faux.

Ce point n'est plus controversé aujourd'hui, la mention des formalités doit donc émaner du notaire (1). La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Il est certain, dit à ce sujet Troplong, que le notaire a seule qualité pour attester l'accomplissement des formalités requises par la loi pour la validé de l'instrument. C'est lui qui rend témoignage des solennités extérieures ; tel est le but de son ministère. Voilà pourquoi on l'appelle notaire instrumentaire. La loi du 25 ventôse an XI dispose que le notaire doit faire les mentions relatives à la signature ; l'ordonnance de 1732, article 5, disait de plus, qu'à peine de nullité, le notaire devait rendre témoignage de l'accomplissement de la formalité de la lecture ; une déclaration du 17 mai 1763, interprétative de l'ordonnance de 1735, étendait cette disposition à toutes les mentions nécessaires pour la validité du testament, voulant qu'elles émanassent de la déclaration personnelle du notaire. Si le Code Napoléon n'a pas répété ces prescriptions, c'est qu'elles sont dans l'essence même des fonctions du notaire, et c'est lui-

Lescot, t. IV, n° 1066. — Bayle-Mouillard, n° 336 sur Grenier. — Duranton, t. IX, n° 101.

1. Troplong, cité Zachariæ, Massé et Vergé, t. III, p. 108. — Aubry et Rau, t. VII, 670, p. 127. — Laurent, t. XI, 325 et suiv. — Demolombe, t. XXI, Code de Napoléon, n° 299. — Limoges, 22 juin 1813. S. 14. 2. 268. — Cass., 13 mai 1829. S. 29. I. 232. — 28 mars 1829. S. 29. 1. 282.

même qui doit constater les formalités, et non le testateur, qui dispose et qui dicte, mais reste étranger à la forme.

Cependant, ajoute Troplong, il peut arriver que le notaire par une rédaction incorrecte ou peu logique ne mette dans la bouche du testateur des mentions qui consacrent l'observation des formalités, mais il n'importe, pourvu que du testament il résulte que la déclaration mise dans la bouche du testateur n'est pas étrangère au notaire, ou, en d'autres termes, qu'il apparaisse sous cette forme sans précision, que cet officier public garant nécessaire et virtuel de la vérité de tous les faits qu'il énonce comme siens, s'est rendu propre, la mention émanée du disposant, attestant ainsi, lui-même, implicitement, mais nécessairement, ce qu'a attesté le testateur (1).

Tel serait le cas d'une mention ainsi conçue :

...telles sont mes intentions. Après en avoir ouï la lecture, qui m'en a été donnée par ledit notaire, à haute et intelligible voix, en présence des témoins, et dont j'ai demandé acte audit notaire, et que moi ledit notaire lui ait octroyé » (2).

ou encore :

...les dispositions de mon testament dont il m'a été donné lecture, par le notaire qui l'a écrit sous ma dictée. Ce faisant le testateur déclare qu'il contient ses volontés en toutes dispositions, et,

1. Cass., 23 mai 1829. Devill, 9. 1, 290. — 2 août 1821. Merlin, *Rép.*, 1. 17, no 694 ; D. 1821, 1. 463.

2. Besançon, 22 mai 1823.

vouloir qu'il soit suivi et exécuté en tout son contenu, le tout en présence des témoins (1).

Ainsi les arrêts opposés les uns aux autres ne se contredisent que parce que l'interprétation donnée aux faits selon les circonstances n'est pas la même.

La mention doit être expresse. — La mention doit être expresse, dit le Code civil, article 972. Qu'entend-on par là ?

Le notaire devra-t-il employer les termes mêmes de la loi ? L'article 972 ne prescrit aucune formule sacramentelle, il suffit pour que le vœu de la loi soit rempli, que l'accomplissement des formalités prescrites ressorte manifestement de l'ensemble de la rédaction (2).

Les termes de la loi peuvent en général être remplacés par des équipollents, exiger les termes mêmes de la loi serait d'un trop rigoureux formalisme. Le notaire pourra remplacer ces termes par d'autres, équivalents, synonymes, et la difficulté sera la similitude absolue de sens.

L'équipollence doit donc être admise.

Ricard la rejetait si elle n'est pas identique, et, si, ce qui est employé, pour accomplir les solennités prescrites, ne comprend son intention *adæquate et indentice* : et, si les mots employés au testament n'ont pas la même

1. Req. Cass., 21 août 1821.

2. Cass., 7 décembre 1846.

force que ceux qui ont été omis et, qui néanmoins étaient désirés par la coutume, et qu'ils y puissent figurer quelque sorte de différence, le testament serait déclaré nul :

S'il n'y a rien de déterminé par la loi sur la forme de l'expression, disait d'Aguesseau, il faut au moins que le fonds ou la substance même de ce qui en a été l'objet soit exactement conservé, de quelque manière que le notaire juge à propos de l'exprimer.

Lorsque la loi trouve accompli ce qu'elle a voulu, elle ne s'occupe que de la chose » (4).

Donc tout le monde est d'accord sur ce point, mais l'accord cesse quand il s'agit de définir l'équipollence.

Plusieurs théories ont été émises à ce sujet :

1^o L'équipollence ne peut être admise que si la formule employée par le notaire exprime nécessairement la mention de l'accomplissement de la formalité et que si elle n'est pas susceptible d'une autre interprétation (Merlin) ;

2^o Lorsque qu'une clause est susceptible de deux sens, on doit l'entendre plutôt dans celui avec lequel elle doit produire quelque effet, que dans celui où elle n'en pourrait produire aucun, dit l'article 1157 du Code civil.

D'après cette théorie il suffirait que le mot puisse être entendu dans un certain sens, comme constatant l'accom-

1. Ricard, *Don.* I, n^o 1502. — Merlin, *Testam.*, sect. II, § 2, art. 4, n^o 2. — Troplong, t. III, n^o 535. — Demolombe, t. XXI, n^o 381. — Aubry et Rau, t. V, II § 670, p. 127.

plissement des formalités prescrites par l'article 972 (1).

Il suffira de répondre à cette théorie que l'article 1157 ne s'applique qu'à l'interprétation des conventions, or ici, il n'est pas question de conventions.

Et d'ailleurs mention expresse n'implique pas mention susceptible de signifier...

3° Une dernière opinion estime que la condition indispensable pour qu'il y ait équipollence, c'est que la formule, entendue dans le sens quelle a naturellement, exprime d'une façon certaine que les formalités ont été accomplies; il faut que cette formule soit suffisante, pour que le notaire ne puisse échapper à la peine de faux au cas où les prescriptions légales n'auraient pas été accomplies (1).

Quoi qu'il en soit, nous admettons qu'il y a des équipollences dans le sens de la Cour de cassation, c'est-à-dire lorsque l'observation des formalités prescrites par l'article 972 du Code civil ressort manifestement de l'acte et de l'ensemble de sa rédaction, et non de l'ensemble des clauses : une chose, dit la Cour de cassation, peut bien résulter implicitement de l'ensemble des clauses d'un acte, mais, de cet ensemble, la chose ne peut pas résulter d'une manière expresse.

Aussi le plus prudent pour le notaire sera de faire ces mentions dans les termes employés par la loi.

1. Toullier, 427. — Bayle-Mouillard, Varzeilles, Aubry et Rau, Coin-Delisle. — Riom, 3 décembre 1827. Dalloz, *J. G. Disp. entre vifs et test.*, n° 2836. — Cass., 21 janvier 1812. D. 14.1 19. — 30 nov. 1813, *ibid.* — 28 novembre 1816 et 20 nov. 1817. — Bruxelles, 12 mars 1811.

La question de savoir si une mention doit être considérée ou non, comme expresse, selon le vœu de la loi, est une question de droit, dont la connaissance appartient à la Cour de cassation, quelles que soient les appréciations des juges du fond (1).

En conséquence, la Cour de cassation peut rejeter des pourvois formés contre des décisions maintenant la validité d'un testament, et casser des jugements qui avaient trouvé l'équipollence suffisante.

Place des mentions. — Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point qu'il n'y a pas de place déterminée pour les mentions (2).

Troplong, t. III, n° 1554. — Demolombe, t. XXI, n° 281 et suivants. — Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1064. — Laurent, t. XIII, n° 328 et suiv. — Cass., 7 décembre 1846. S. 47. 1. 69. — 5 février 1850. S. 50. 1. 523. — 24 mai 1853. S. 53. 1. 406. — Poitiers, 10 février 1857. D. 57. 2. 126. — Cass. req., 14 décembre 1886. D. 87. 1. 389. — 16 janvier 1888. D. 88. 1. 56. — Bordeaux, 10 janvier 1893. D. 93. 2. 132.

1. Cass., 14 juin 1811. S. 11. 1. 159. — 23 mai 1814. S. 14. 1. 145. — 15 décembre 1819. S. 20. 1. 174. — 7 décembre 1846. S. 47. 1. 71. — 5 février 1850. D. 50. 1. 269. — 24 mai 1853. D. 53. 1. 227. — 8 août 1867. S. 68. 1. 117. — 29 juin 1881. S. 82. 1. 117. — 4 juillet 1901. — Même sens : Coin-Delisle, n° 33, art. 972. — Demolombe, t. XXI, n° 283. — Laurent, t. XIII, n° 331. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2073.

2. Cass., 28 novembre 1816. S. 16. 1. 234. — Riom, 1^{er} décembre 1818. S. 18. 2. 429. — Cass., 9 février 1820. S. 20. 1. 182. — 2 août 1821. S. 21. 1. 420. — 12 juillet 1827. S. 27. 1. 637. — 22 juillet 1829. S. 29. 1. 334. — Orléans, 10 février 1830. S. 30. 2. 394. — Cass., 7 décembre 1846. S. 47. 1. 70. — 5 février 1850. S. 50. 1. 523. — 24 mai 1853. S. 53. 1. 40. — Rennes, 30 juin 1890. D. 92. 2. 317. — Cass., 26 déc. 1886. D. 87. 1. 389. — Aubry et Rau, t. VII, p. 135, § 670. —

La loi est restée muette sur ce point ; donc la place que les mentions doivent occuper est indifférente ; il suffit qu'elles soient suivies des signatures les attestant.

Il sera logique de mettre ces mentions en fin de l'acte, autant que possible après leur accomplissement, mais il n'y a là aucune cause de nullité de l'acte, et les mentions pourront être mises, même séparément, au milieu de l'acte, et chacune en une place différente.

Si les mentions se trouvent au cours de l'acte, elles devront se rapporter à toutes les parties de l'acte, à ce qui suit et à ce qui précède ; mais dans tous les cas les mentions devront être avant les signatures.

L'acte en effet ne devenant parfait que par les signatures, il faut que celles-ci approuvent les mentions et attestent que la mention des formalités prescrites a bien été remplie. Quant à l'ordre de l'écriture il importe peu, l'acte ne formant qu'un tout.

On s'est demandé si, après l'accomplissement de toutes les formalités et la mention de cet accomplissement, le testateur dictait au notaire une nouvelle disposition, il faudrait, à la suite de cette disposition, mentionner l'accomplissement des formalités ; ou bien, si la mention finale déjà mise serait suffisante pour la totalité du testament.

La jurisprudence décide qu'à moins qu'il ne s'agisse de

Demolombe, *Donat.*, t. IV, n° 274. — Laurent, t. XIII, n° 322, 334. — Fuzier-Hermann, sur l'article 792. — Baudry-Lacantinerie et Colin, *Test. et don.*, t. II, p. 103, n° 2074.

clauses explicatives des dispositions qui précèdent, la mention est insuffisante (1).

La conséquence de cette jurisprudence est l'annulation totale du testament, quelle que soit l'importance de la disposition dictée après coup : le testament étant un, ne peut subsister en partie, la volonté entière du testateur n'existant plus dès qu'une disposition est annulée ; c'est ainsi que la jurisprudence n'a pas hésité à appliquer cette doctrine rigoureuse dans des espèces où la clause additionnelle n'avait qu'une portée insignifiante ; dans un cas, par exemple, où cette clause imposait uniquement à l'héritier la charge de donner un pain béni à la paroisse le jour de a Toussaint (2).

Quoi qu'il en soit, nous recommanderons au notaire, en cas de dispositions additionnelles, de les faire suivre des mêmes mentions de formalités que les dispositions précédemment dictées, cet excès de prudence ne nuira pas ; et même s'il met cette disposition en renvoi piqué dans le corps des dispositions antérieures, il fera bien de mettre avant les signatures une mention constatant que la disposition mise en renvoi a été dictée par le testateur, alors que le testa-

1. Grenoble, 10 juillet 1813. S. 13. 2. 239. — Metz, 28 janvier 1813. S. 13. 2. 249. Dès qu'il n'y a pas disposition nouvelle la mention antérieure suffit.

2. Toulouse, 22 juin 1864. D. 64 2. 167 — V. également Cass., 18 avril 1869. S. 69. 1. 108. — Aix, 11 mars 1811. S. 11. 2. 429. — Cass., 4 novembre 1811. S. 11. 1. 418. — 12 novembre 1816. S. 16. 1. 245. — Limoges, 26 février 1822. S. 22. 2. 240. — Cass., 4 juillet 1900. *Bull. des not. des départements*, 18 septembre 1901. — Aubry et Rau, t. VII, p. 135. — Demolombe, *Don.*, t. IV, n^o 264. — Laurent, t. XIII, 322. — Fuzier-Hermann, Baudry, t. XXII, p. 103.

ment était clos et n'avait plus qu'à être signé; a été écrite par le notaire, lue par le notaire, le tout en présence des témoins.

Et si le testament est déjà signé, il mettra cette mention en fin de la rédaction de la clause additionnelle, dispositive ou explicative.

En agissant ainsi, le notaire mettra à l'abri sa responsabilité : il sera impossible, selon nous, de lui reprocher quoi que ce soit et il sera dans l'esprit de la loi.

Nous allons examiner maintenant chacune des trois mentions de dictée, d'écriture et de lecture.

I. — MENTION DE DICTÉE. — 1° *Il y a deux notaires.* — Controversée autrefois (1), la question de savoir si le vœu de la loi est rempli, lorsqu'il résulte de l'acte que l'un des notaires a écrit en la présence continuelle de l'autre, ne fait aujourd'hui plus de doute et est admise par l'unanimité de la jurisprudence et des auteurs (2).

1. Bourges, 26 janvier 1809. Un testament fut annulé qui ne mentionnait que la dictée faite à un seul notaire, alors qu'il était mentionné que l'autre notaire était présent. Bruxelles, 25 mars 1806. — Bourges, 15 janvier 1811 Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs, 2852.

2. Paris, 23 août 1811, Dalloz, *J. G.*, Disp. n° 2853. — Cass., 26 juillet 1842. S. 42. 1937; ainsi était valable (requête 18 août, 1807) le testament reçu par deux notaires, portant qu'il avait été dicté à l'un d'eux, si, à la fin de l'acte, les notaires ont attesté qu'il a été ainsi fait, dicté et nommé par la testatrice de mot à mot, en leur présence, cette mention constatant suffisamment que les deux notaires avaient coopéré à entendre la testatrice proférer ses volontés et à les recueillir. — Merlin. *Rép. V. Test.*, sect. II, § 3, art. 12, p. 6. — Troplong, t. III, 1538. — Duranton, t. XI, n° 70. — Vazeilles, art. 972, n° 6. — Aubry et Rau, t. VII, § 770, p. 137.

On a soutenu que le testament devait porter la mention qu'il avait été dicté aux deux notaires (1), ce qui est matériellement impossible, le testament étant fait à un seul exemplaire.

Il n'est pas nécessaire d'indiquer quel est celui des deux notaires qui a écrit le testament, l'article 972 exigeant seulement que la dictée soit faite à l'un des notaires.

Le nommer serait dépasser l'expression de la loi (2).

2° *Il n'y a qu'un notaire.* — Dans le cas où un seul notaire reçoit le testament en présence de quatre témoins, il n'est pas nécessaire de constater, par une mention expresse, que le testament a été dicté au notaire et la mention : le présent testament a été écrit par le notaire est suffisante (3).

Le mot « dicter » n'est pas une expression sacramentelle dont les notaires ne puissent se départir sans que leurs actes soient frappés de nullité (4).

Ainsi la déclaration qu'un testament public a été prononcé par le testateur, et écrit par le notaire, à mesure

— Demolombe, t. XXI, n° 285. — Laurent, t. XIII, n° 357. — Fuzier-Hermann, art. 972.

1. Dalloz, *J. G.*, Disp. 2852.

2. Arrêt du 26 juin 1842, précité. — Laurent, Demolombe, Aubry et Rau, t. VII, § 670, p. 127. — Duvergier, t. V, p. 423.

3. Bruxelles, 25 mars 1806. — 25 juin 1806. — 16 janv. 1808. — 9 décembre 1815. — Fuzier-Hermann ; t. XXXV, *Test.* titre III, chapitre III, n° 850. — Riom, 5 avril 1808. — Merlin, *Rép.* V° Test., section II, § 3. art. 2, questions 3 et 4. — Durantou, Troplong, Demolombe, Aubry et Rau, Laurent.

4. Dalloz, *J. G.*, Disp. n° 2857.

que le disposant prononçait, constate suffisamment que le testament a été dicté au notaire par le testateur (1).

Où celle-ci : « Ainsi dicté par le testateur, en son domicile, y écrit et reçu par moi, notaire » (2).

Ainsi encore : « Telles sont les dispositions que le testateur a librement et volontairement prononcées ».

Ainsi, enfin, cette mention en tête du testament : « Dispositions que nous écrirons au fur et à mesure que le testateur les dictera » (3).

La jurisprudence annule le testament où le notaire « a écrit mot à mot », car il n'y a pas équipollence (4).

De même a été annulé le testament où le notaire avait mis au lieu de « dictée », « proféré de sa propre bouche », cette expression voulant dire seulement parler, alors que dicter signifie parler à dessein qu'un autre le rédige par écrit (5).

La mention de dictée doit être expresse, du moins le mot « dictée » ne peut être remplacé que par une expression parfaitement synonyme.

La loi n'exige pas que le notaire en faisant mention expresse de la dictée, ajoute que cette dictée a été faite en présence des témoins : le contexte de l'acte disant que le testament a été reçu en présence de tels et tels

1. Paris, 17 juillet 1806. Dalloz, *J. G.*, Disp. 2851-1°.

2. Bruxelles, 7 février 1807. S. 7. 2.196.

3. Cass., 8 juillet 1834. S. 34.1.75.

4. Paris, 17 juillet 1806. S. 6. 2.159. — Aix, 18 mars 1811. S. 11. 2.249.

5. Troplong, n° 540.

témoins suffit, car la réception comprend nécessairement la dictée ; or, dire qu'un testament a été reçu en présence des témoins, c'est dire qu'il a été dicté en leur présence (1).

Le notaire fera donc bien de ne pas chercher d'équipolents qui pourraient engager sa responsabilité, et il fera sagement de s'en tenir au mot *dictée* du Code civil.

II. — MENTION D'ÉCRITURE. — Obligé d'écrire lui-même le testament, le notaire doit mentionner expressément que c'est lui qui l'a écrit ; sans cette précaution de la loi il serait impossible de vérifier si le notaire a rempli ses obligations, les témoins pouvant décéder. Le défaut de cette mention entraînerait la nullité du testament. Il suffit que la loi ait exigé, dit Troplong, la mention expresse, que c'est le notaire qui a écrit le testament de sa propre main, pour que cette omission vicie le testament : en cette matière tout est de rigueur (2).

Dès lors la mention de dictée faite au notaire ne pourra pas suppléer à la mention d'écriture (3).

S'il y a deux notaires à la réception du testament, il n'est pas utile d'indiquer lequel a écrit le testament (4) ;

1. En ce sens : Metz, 19 décembre 1846. D. 5. 2. 216. — Troplong, n° 1539.

2. En ce sens : Duranton, t. IX, n° 78. — Troplong, t. XIII, n° 1542. — Aubry et Rau, t. VII, § 670, p. 128. — Demolombe, t. XXI, n° 227. — Laurent, t. XIII, n° 314 et 341.

3. Cass., 10 thermidor an XIII. — 3 juin 1891. D. 9. 21. 317. — 28 janvier 1893. D. 93. 1. 83.

4. Sens contraire : Toullier, ne donne pas de motifs.

c'est l'avis de la doctrine et de la jurisprudence (1). Cependant il serait utile de mentionner que tel notaire a cessé d'écrire par suite de fatigue, et que l'autre a pris la plume pour continuer la rédaction du testament.

Il faut donc qu'il y ait mention de l'écriture et mention expresse (2).

Les tribunaux n'admettent pas d'équipollents ou du moins sont excessivement rigoureux. Ainsi, ont été jugés insuffisants : « L'acte a été reçu » (3) ; « le testament a été dicté au notaire qui l'a rédigé, fait et dressé » (4) ; « le testament a été dicté, a été fait et lu au testateur par le notaire recevant » (5) ; « que le testateur a dicté et prononcé son testament, et que l'acte a été passé et rédigé par le notaire » (6) ; « que le notaire a rédigé par écrit » (7) ; « que le testament a été dicté au notaire et rédigé par lui mot à mot » (8) ; « que le notaire a retenu le testament au fur et à mesure qu'il lui a été dicté » (9).

Ont été jugés suffisants :

1. Dalloz, *J. G.*, Disp. n° 205, *quarto in fine*.

2. Conseil d'État, 18 janvier 1806. Dalloz, *J. G.*, Disp. 2890. — Saintes-pès-Lescot, t. IV, n° 1062. — Duranton, t. III, n° 1540. — Merlin, *Rép.*, V° Test., sect. II, § 2, article 2, n° 2. — Laurent, t. XIII, n° 341. — Aubry et Rau, t. VII, § 670, p. 128. — Demolombe, t. XXI, n° 277.

3. Turin, 20 frimaire an XIV, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2891 et 2953.

4. Req., 27 mai 1807, Dalloz, *J. G.*, Disp. n° 2895-1°.

5. Turin, 5 mars 1806, Dalloz, *J. G.* Disp. n° 2895-2° et 2544-3°.

6. Req., 4 février 1818.

7. Turin, 14 avril 1810, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2895-4°.

8. Colmar, 2 février 1815, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2895-6°.

9. Toulouse, 16 décembre 1806, Dalloz, *J. G.*, Disp. 2895-7°.

La déclaration que le notaire va écrire le testament, suivie immédiatement de celle-ci : « Ainsi que nous l'avons fait » (1) ; la mention que le notaire a rédigé le testament par écrit » (2) ; la mention que le notaire « a rédigé par écrit sous la dictée du testateur » (3) ; les mots : « écrit de moi » non suivis du mot notaire (4).

Ces mots : « lequel comparant à nous notaire a dicté son testament, que nous avons rédigé tel qu'il nous l'a dicté dans la forme et de la manière suivante » (5).

Ou bien : « Par le présent testament dont la testatrice a dicté les dispositions, qui ont été par moi, notaire, rédigées mot à mot, à mesure qu'elles ont été prononcées » (6).

Mention que le testament a été écrit tel qu'il a été dicté.

— Il n'est pas utile que la mention d'écriture contienne que le testament a été écrit tel qu'il a été dicté (7).

L'article 972 n'ajoute pas les mots « tel qu'il a été dicté », en parlant du testament reçu par un seul notaire, il ne s'en sert que lorsqu'il parle du testament reçu par deux notaires ; c'est que ces mots, dit Troplong, ne sont qu'un conseil surabondant donné au notaire, car s'il écrivait autre chose que ce qui lui avait été dicté, le testateur élè-

1. Riom, 26 mars 1810.

2. Aix, 20 avril 1809, Dalloz, *J. G.*, Disp.

3. Aix, 3 décembre 1812, Dalloz, *J. G.*, Disp.

4. Cass., 6 avril 1824, Dalloz, *J. G.*, Disp. n° 2896.

5. Liège, 5 février 1833, Dalloz, *J. G.*, Disp.

6. Nîmes, 26 mars 1838, Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs et testament.

7. Grenier, t. II, n° 238. — Troplong, t. III, n° 1548. — Aubry et Rau, Demolombe.

verait des plaintes et refuserait de signer ainsi que les témoins.

Le mot *également* se trouvant dans la partie de l'article 972 relative au testament reçu par un seul notaire, lui rend communes les circonstances exigées dans le texte qui précède.

Ce serait aller un peu loin que de donner un tel sens au mot également qui n'est ici qu'une liaison.

Donc la mention n'a pas besoin de porter « tel qu'il a été dicté », qu'il y ait un seul ou deux notaires. La mention de la dictée, jointe à celle de l'écriture par le notaire, suffit pour attester la conformité entre la dictée et l'écriture (1).

C'est en ce sens que s'est déclarée la jurisprudence, assez large pour une fois.

La mention d'écriture doit émaner du notaire et fera foi jusqu'à inscription de faux. Peu importe la place qu'elle occupera dans l'acte.

La question de savoir s'il est nécessaire, à peine de nullité, de mentionner d'une manière expresse que les témoins ont assisté à l'écriture est controversée. Aussi pour éviter toutes difficultés, bien que pour nous cette

1. Cass., 3 décembre 1807. — 18 février 1812. — 8 juillet 1834. S. 34. 1. 754. — Turin, 16 avril 1806. — 25 avril 1806. — Angers, 12 juillet 1809. — Riom, 26 mars 1810. — Rennes, 16 janvier 1811. — Lyon, 23 avril 1812. — Douai, 18 novembre 1814. — Metz, 16 mars 1815. — Rennes, 18 juillet 1816. — Bordeaux, 19 janvier 1825. S. et P. chr. — Dalloz, *J. G.*, Disp. n^{os} 2869-2^e, 2868, 3093, 2869-3^e, 2869-4^e, 2869-5^e, 2869-6^e, 2904, 2872-1^e, 2870-1^e, 2^e, 3^e, 4^e, 5^e, 8^e, 2976, 280-6^e.

mention soit inutile, le notaire fera bien de mettre à la fin des mentions : *que toutes ces mentions ont été écrites par le notaire en présence des témoins.*

Nous recommanderons donc au notaire, pour éviter toutes difficultés à cet égard, de mentionner que le testament a été dicté par le testateur au notaire qui l'a écrit de sa propre main tel qu'il a été dicté. Bien que la jurisprudence soit assez favorable à ce sujet, en matière d'équipollence, il vaut mieux ne jamais soulever de difficultés.

III. — MENTION DE LECTURE EN PRÉSENCE DES TÉMOINS. — Les témoins, avons-nous vu, doivent être présents à la lecture donnée au testateur par le notaire, et il doit en être fait mention expresse.

Cette mention doit donc contenir trois éléments :

- 1° Lecture du testament ;
- 2° Au testateur ;
- 3° En présence des témoins.

1° *Mention que c'est bien le testament qui a été lu.* — L'on s'est demandé si la loi exigeait que ce soit la lecture du testament même qui doive être mentionnée.

Le Code civil dit *mention du tout*, or « du tout » c'est tout ce qui précède, c'est-à-dire : dictée, écriture par le notaire et lecture du testament.

La jurisprudence n'exige pas qu'il soit mentionné d'une façon expresse que la lecture du testament a été donnée, elle admet les équipollents très largement, comme en témoigne un grand nombre d'arrêts, ainsi :

« Lecture faite » ou « après lecture » est suffisant (1) ; « lui en ayant fait lecture » (2) ; « le testament a été lu » ou bien « lecture a été faite de la présente attestation » (3).

Il suffit qu'il résulte que c'est du testament qu'il s'agit, et un testament ne pourrait être annulé pour défaut de mention de cette lecture.

Le notaire n'aura donc pas besoin de mentionner que c'est de la lecture du testament qu'il s'agit, mais il fera mieux de la faire.

2° Mention que la lecture a été faite au testateur. — Le Code qui veut que cette mention soit expresse, ne l'assujettit pas à une forme sacramentelle ; de là deux conséquences :

D'une part les conjectures, les vraisemblances les plus fortes, les raisonnements, les inductions ne peuvent suppléer à la mention expresse ; mais, d'autre part, il suffit que l'acte présente des énonciations d'où il résulte nécessairement que la double formalité a été accomplie.

Trois systèmes ont été créés relativement à cette mention :

Dans un premier système, la mention de lecture faite

1. Bruxelles, 19 juillet 1816, Dalloz, *J. G.*, Disp.

2. Riom, 4 décembre 1809, *ibid.*,

3. Liège, 31 janvier 1817. Req., 5 août 1811, Dalloz, *J. G.*, Disp. n° 2913. — Montpellier, 3 janvier 1833, *ibid.*, n° 2918. — Aix, 13 février 1853. D. 53. 2. 119. — Dijon, 2 mars 1853. D. 53. 2. 66. — Douai, 24 mai 1853. D. 53. 2. 184. — Bastia, 10 avril 1854. D. 54. 2. 216. — Angers, 3 janvier 1855. D. 55. 2. 240. — Cass., 8 mai 1855. D. 55. 1. 168. — Req., 4 juin 1855. D. 55. 1. 386. — Bastia, 11 novembre 1889. S. 90. 2. 151.

au testateur, en présence des témoins, doit être exprimée de telle manière que, si le fait prescrit par la loi n'avait pas été accompli, le notaire serait condamné à la peine du faux.

Dans un second système opposé, la mention expresse existera, chaque fois que la clause peut être entendue dans le sens d'une lecture simultanée, quoique la rédaction n'exclue pas l'idée de deux lectures séparées, et ici on devra suivre la règle d'interprétation de l'article 1157.

Suivant un troisième système généralement adopté, la mention peut être faite en d'autres termes que ceux de la loi, mais les équipollences ne suffisent que lorsqu'elles sont identiques et adéquates.

Si la clause est conçue au point de ne point faire naître une présomption, mais si implicitement il en résulte la preuve d'une lecture simultanée au testateur et aux témoins, le vœu de la loi sera rempli.

Si la rédaction présente deux sens, la mention ne constate plus nécessairement la simultanéité de lecture ; dès lors elle est insuffisante.

Nous avons vu plus haut qu'il appartient à la Cour de cassation de rechercher si les mentions d'un testament sont ou non conformes aux dispositions de la loi, et cela surtout, relativement aux mentions de lecture, ainsi qu'en témoignent divers arrêts (1).

1: Civ., 23 mai 1814, Dalloz, *J. G. Disp.*, 2978. — 7 décembre 1846. D. 47. 1. 40. — 24 mai 1653. D. 53. 1. 227.

La mention, disent donc les tribunaux, doit comprendre la preuve de la simultanéité de la lecture et au testateur et aux témoins.

Pas de doute : elle est valable et le testament par suite.

Doute : elle est nulle et le testament par suite.

Le notaire sera, en cas de nullité, déclaré responsable du préjudice causé par sa faute, qui sera ici d'avoir modifié le terme de la loi (1).

Ainsi cette clause : « Ainsi fait et passé à..., en présence de... témoins... et après *lecture de ce testament*, a le testateur déclaré », a été jugé insuffisante (2).

De même celle-ci : « Lecture ayant été faite » (3).

De même : « Ce fut ainsi dicté et rédigé en l'étude en présence de... témoins, qui ont signé avec le testateur après lecture itérativement faite » (4).

Par contre a été jugé suffisante : « La mention de lecture faite lorsqu'il est déclaré que le testament a été fait sans interruption, en présence des témoins et signé par eux et le testateur après lecture » (5).

De même : « Fait et passé en présence desdits témoins,

1. En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2070. — Demomolombe, t. XXI, n° 296. — Aubry et Rau, t. VII, § 670, n° 129. — Troplong, t. III, n° 1554. — Saintespès-Lescot, t. IV, n° 1063. — Laurent, t. XIII, n°s 248 à 457.

2. Dalloz, *J. G.*, *ibid.*, 2932.

3. Bastia, 22 mai 1854. D. 55. 2. 10.

4. Caen, 2 décembre 1835, *ibid.*, *J. G.*

5. Colmar, 12 janvier 1808, Dalloz, *J. G.*, *ibid.*

qui ont signé avec le testateur et moi notaire, le tout après lecture faite » (1).

De même : « Fait, lu et relu de nouveau à la testatrice et passé en présence des témoins » (2).

De même : « La mention que le testament a été lu en présence du testateur équivaut « au testateur » (3).

2. *Mention de la présence des témoins.* — Il faut enfin qu'il soit fait mention que la lecture a été faite au testateur en présence des témoins (C. civ., art. 972 et 1004), à peine de nullité. Nous répéterons ce que nous avons dit relativement au testateur : pour que le but de la loi soit rempli, peu importe que les énonciations légales soient comprises dans une seule phrase, il suffit qu'il y ait une corrélation telle, qu'il ne puisse se glisser aucune échappatoire à la peine du faux. Il suffit qu'il soit prouvé d'une manière péremptoire, que les témoins étaient présents à la lecture et le vœu de la loi sera satisfait, lorsque « l'observation de la formalité résulte de l'ensemble de la rédaction ».

Ainsi sera suffisant le testament portant dans son préambule : « Présents les témoins ci-après nommés » et que la clause finale porte : « Fait et passé en présence des témoins » (4).

Ainsi sera suffisante la mention : « Fait et passé pré-

1. Dalloz, *J. G.*, *ibid.* — Cass., 22 juillet 1829.

2. Riom, 26 mars 1810. Dalloz, *J. G.*, *ibid.*

3. Lyon, 23 avril 1812.

4. Turin, 16 avril 1806. D. *J. G.*, *ibid.*

sents... qui, comme témoins, à ce spécialement appelés et présents pendant toute la rédaction du présent, sa lecture » (1).

Attendu, dit la Cour de cassation (D. 87. 4. 389), qu'après avoir constaté formellement la lecture au testateur de ses dispositions et déclarations, que leur expression était exacte, l'acte se termine par ces mots : tout ce que dessus a eu lieu en la présence réelle des témoins, attendu que cette référence générale à l'ensemble des faits accomplis ne présente aucune ambiguïté...

Tel est l'esprit de la jurisprudence (2)

Tel est celui aussi des auteurs : il faut et il suffit que de la mention ressorte la preuve indubitable que les formalités prescrites ont été accomplies : peu importe les termes employés, pourvu qu'il en résulte clairement que la lecture a été faite simultanément au notaire et aux témoins tous présents.

-
1. Liège, 9 mars 1813. Dalloz. *J. G.*, *ibid.*, 2976-3°.
 2. Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs et test., 2964, 2870, 2971-1°. — Riom, 28 mai 1819. — Cass., 7 déc. 1846. D. 47. 1. 40. — Grenoble, 14 août 1812. Dalloz, *J. G.* Disp., 2972-1°, 3212-2°. — Aix, 6 décembre 1810. *Ibid.*, 2972-2°. — Riom, 7 février 1807. — Cass., 23 mai 1810. *Ibid.* — Riom, 5 avril 1808. — *Ibid.* Req., 5 avril 1811. *Ibid.*, 2966-30. — Cass., 20 mars 1854. D. 54. 1. 97. — Cass., 14 juillet 1817. *Ibid.*, 2977. — Rennes, 17 mars 1815. *Ibid.*, 2974-2°. — Bruxelles, 9 déc. 1815. *Ibid.*, 2974-20. — Cass. req., 31 déc. 1816. *Ibid.*, 2974-3°. — Req., 11 avril 1820. *Ibid.*, 2974-4°. — Req., 2 août 1821. *Ibid.*, 2975-5°. — Riom, 28 mai 1819. *Ibid.*, 2978-3°. — Caen, 25 juillet 1806. *Ibid.*, 2978-4°. — Bourges, 29 mai 1808. *Ibid.*, 2981-10. — Req., 10 février 1812. *Ibid.*, 2981-3°. — Cass., 21 oct. 1812. *Ibid.*, 2981-4°. — Req., 20 déc. 1830. *Ibid.*, 2969. — Cass., 10 janvier 1888. D. 88. 1. 39. — 7 déc. 1846. D. 47. 1. 40. — Chambéry, 12 février 1873. D. 73. 2. 159 et sur pourvoi Cass., 24 déc., 1873. D. 74. 1. 432... et tous les arrêts cités par Dalloz, *J. G.*, nos 2870 et suiv.

Le notaire devra s'en tenir, selon nous, aux expressions de la loi, et mentionner que la lecture a été faite au testateur en présence des témoins.

Quant à la lecture d'un testament d'étranger, nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut, relativement aux testaments en langue étrangère : la lecture devant être utile (1), et l'utilité de cette lecture devant, selon nous, être mentionnée par surcroît de précaution.

Le but de la loi est de s'assurer que le testateur a entendu et compris la lecture qui lui a été faite, et il faut que de la mention, à notre sens, résulte cette conviction pour les tribunaux, que le testateur a bien compris la lecture, qu'il a vérifié la conformité de la rédaction à sa volonté. et, qu'en signant, c'est-à-dire en approuvant le tout, il a donné une signature en connaissance de cause, une signature utile ; c'est pourquoi le notaire pourra insérer une mention comme celle-ci : et le testateur a signé avec les quatre témoins et le notaire après une nouvelle lecture complète des présentes, faite par le notaire au testateur, qui, sur interpellation à lui faite par le notaire, a déclaré avoir parfaitement entendu et compris ; le tout en la présence ininterrompue des quatre témoins et...

De la signature. — Pour être parfait, le testament authentique doit être signé par le testateur, les témoins et le notaire : c'est la conclusion des solennités.

Le testament doit être signé par le testateur : s'il déclare

1. Cass., 3 août 1891. S. 92. 1. 566.

qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer, dit l'article 973 du Code civil.

Le testament devra être signé par les témoins, et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires ; et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire ajoute l'article 974 du Code civil.

Enfin, les articles 14 et 68 de la loi du 26 ventôse an XI exigent, à peine de nullité, que tous les actes notariés soient signés, par les notaires qui les rédigent.

Voilà les textes relatifs à la signature du testament authentique. Un texte spécial pour les signatures du testateur et des témoins et un texte général pour la signature du notaire.

Toutes ces signatures sont prescrites à peine de nullité : si donc l'un de ceux dont la signature est obligatoire décède avant que la dernière signature ait été donnée, l'acte irrégulier sera inexistant.

A peine de nullité le testament doit-il être signé du nom de famille du testateur ? Le Code civil est muet sur le point de savoir en quoi consiste la signature, c'est donc qu'il s'en tient aux usages et habitudes ; or, dans l'usage, la signature consiste dans l'apposition du nom de famille avec ou sans prénoms.

Cette doctrine professée par certains auteurs n'a point été suivie (1) par la jurisprudence.

1. Toullier, n. 374. — Laurent, XIII, n. 222. — Huc, VI, n. 278.

La jurisprudence, en effet, a décidé (2) qu'on doit considérer comme valable toute signature mise au bas d'un testament, si elle se conforme à celle que le testateur a l'habitude d'apposer dans les actes que d'ordinaire il est appelé à signer.

La majorité des auteurs a également adopté cette règle (1).

Troplong soutenait que la signature serait valable si elle portait le nom, quel qu'il soit, qui a servi à identifier le testateur, et à le distinguer des autres membres de sa famille et de ses concitoyens.

Cette théorie est suivie également par la jurisprudence qui se montre très large et valide tous les testaments portant la signature habituelle du testateur et des témoins, bien que mal tracée, bien qu'illisible ; le seul point intéressant étant d'établir qu'il y a identité entre la personne qui a dicté et celle qui a signé. Dès que l'identification est possible, la signature sera considérée comme suffisante.

Les notaires feront bien de prendre des précautions lorsque les testateurs ne seront pas parfaitement connus d'eux, et prendront des titres ou noms de fantaisie. Responsables de l'individualité des parties, ils devront se faire certifier celle du testateur ; ainsi ils seront à couvert si le nom pris par le testateur prête à équivoque, et si la nul-

1. V. tous les arrêts cités par Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs et test. — Notamment : Cas., 10 mars 1839. *Ibid.*, 3008. — Bourges, 19 août 1824. — Caen, 11 déc. 1822. — Cas., 25 avril 1825.

2. Merlin, *Rép.* V, Signatures, § 3, art. 4. — Demante, IV, n. 115 art. 3 et 4. — Demolombe, *Don.*, IV, 102. — Aubry et Rau, VII, p. 99, 666.

lité est prononcée, le testament ayant été fait sous un nom d'emprunt.

Nous allons examiner successivement ; 1^o signature du testateur ; 2^o signature des témoins ; 3^o signature du notaire.

I. — SIGNATURE DU TESTATEUR. — Nous avons vu que l'article 973 exigeait formellement, à peine de nullité, que le testament soit signé par le testateur :

Le testament doit être signé par le testateur, s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut pas signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêchera de signer.

1^o *Le testateur signe le testament.* — Si le testateur sait et peut signer, nous avons vu ci-dessus comment il devra signer. Le sort du testament dépendra de sa signature, si elle paraît ou non suffisante : c'est une question de fait.

L'on s'est demandé si le testateur devait, lorsque le testament est écrit sur plusieurs feuilles de papier timbré, signer chaque feuille. Il semble admis (1) que cette signature ne sera pas nécessaire au bas de chaque page,

Cependant le notaire fera bien de faire signer chaque bas de feuille par le testateur et les témoins, il coupera court ainsi à toutes plaintes de faux pour interposition de feuilles.

L'on s'est également demandé si le notaire devait mentionner cette signature dans le testament.

1. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n^o 2081, p. 105. — Aix, 15 février 1871, D. 72. 2. 52.

Le Code civil, d'une part, n'exige qu'une seule chose : la signature du testateur et des témoins, et la loi de ventôse, article 14, d'autre part, exige qu'il soit fait mention à la fin du testament de la signature du testateur, des témoins et du notaire ; et l'on s'est demandé si le Code civil postérieur à la loi de ventôse dérogeait à la loi de ventôse ou si la loi de ventôse s'appliquait.

La jurisprudence admet d'une façon générale que le Code civil, bien que spécial au testament dans son article 973, ne déroge pas à l'article 14 de la loi de ventôse, général à tous les actes notariés (1).

Le notaire devra donc mentionner en fin du testament, la formule ordinaire de tous les actes notariés... les parties ont signé et M'..., notaire (2).

2° *Le testateur ne signe pas.* — Lorsque le testateur ne signe pas, il doit déclarer ne pouvoir ou ne savoir le faire, et cette déclaration doit être mentionnée d'une façon expresse.

Donc il suffit de s'en tenir à la lettre du texte : le testateur déclarera lui-même qu'il ne sait ou ne peut signer.

1. Turin, 18 novembre 1811. Dalloz, *J. G.*, Disp. 3030-10 — Cass., 16 février 1814. *Ibid.* — Metz, 1^{er} avril 1819. — Bastia, 29 déc. 1856. S. 57. 2. 333. — Troplong, *des Dona. et test.*, 1581, t. III. — Toullier, *Droit français*, t. VI, n° 434. — Aubry et Rau, t. VII, § 670, p. 123. — Demolombe, t. XXI, n° 294. — Sens contraire : Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2095. — Marcadé, art. 973, n° 1. — Coin-Delisle, n° 383. — Laurent, t. XIII, n° 370.

2. Voir tous les arrêts cités par Dalloz relativement à cette mention, et les cas où la mention a été jugée insuffisante pour défaut d'équipollence. Dalloz, *J. G.*, Disp., 3030 et suiv.

Si cette déclaration émanait de tout autre, elle serait nulle ; rien n'indiquant postérieurement à la dictée et à la lecture, que le testateur avait sa liberté d'esprit.

Une autre question se pose : faut-il que le notaire interpelle le testateur ? Il en était ainsi dans l'ancien droit (1). L'ordonnance de 1735, articles 5 et 23, supprima cette interpellation, se bornant à exiger la mention de la déclaration du testateur, constatant qu'il ne pouvait ou ne savait pas signer.

Rétablie par la loi des 8 et 10 septembre 1791, cette interpellation n'est plus exigée aujourd'hui dans le silence du Code.

Donc, si le testateur ayant tenter de signer s'arrête, en disant qu'il ne le peut, ou n'en a pas la force, la mention de cette déclaration satisfera certainement le vœu de la loi (2).

Il a été ainsi jugé que le notaire qui reçoit un testament authentique, n'est pas tenu d'interpeller le testateur sur la cause qui l'empêche de signer, et que, par suite, le notaire n'est pas responsable de la nullité du testament, conséquence de l'omission par le testateur de la déclaration de la cause l'empêchant de signer : peu importe que le notaire ait mentionné cette cause dans l'acte (3).

Nous dirons, dit M. Vincent, que non seulement cette

1. Ordonnance d'Orléans, 1560, art. 84 et de Blois, 1759, art. 165.

2. Douai, 6 mars 1883. P. S. chr. — Demolombe, t. XXI, n° 309. — Fuzier-Hermann, sur l'art. 973.

3. Cass., 13 février 1902, rapporté par Fuzier-Hermann, *Test.* n° 934 bis, titre III, chap. III.

interpellation faite par le notaire n'est pas nécessaire, mais qu'elle est dangereuse pour lui ; supposons, en effet, que le testament soit annulé parce que les termes employés dans la mention de signature sont impropres et insuffisants ; que par exemple il soit déclaré par le testateur qu'il ne savait pas écrire et que le testament indique que cette mention a été faite sur l'interpellation du notaire au testateur, ne pourrait-on pas déclarer le notaire fautif de ne pas connaître les exigences de la loi, et d'ignorer que les mots « ne savoir écrire » ne sont pas équivalents de ceux de « savoir signer », et le déclarer responsable de la nullité du testament ?

Pour nous, nous conseillerons au notaire de demander au testateur pourquoi il ne peut signer, mais de ne pas mentionner dans l'acte qu'il a fait cette interpellation.

On ne doit pas oublier que le notaire est le conseil obligé des parties d'après la jurisprudence, et qu'il est de son devoir d'avertir le testateur, s'il ne sait signer, qu'il doit déclarer ne savoir ou ne pouvoir le faire et indiquer la cause de cette ignorance ou de cette impossibilité ; mais, la loi n'exigeant pas l'interpellation qui peut à un certain point de vue être un danger pour le notaire, il n'aura pas à mentionner cette interpellation. Peu importe, d'ailleurs, que la déclaration ait été suggérée ou vienne *proprio motu*, la suggestion ne sera jamais ici une cause de nullité. Le vœu de la loi est rempli dès que la déclaration vient de la bouche du testateur.

Nous ajouterons que la mention de cette interpellation

est encore inutile, puisque l'interpellation seule est insuffisante. Ainsi est nulle la mention : « Lequel n'a pas su ou n'a pas pu signer de ce requis et interpellé. » En effet, l'interpellation de signer, adressée au testateur par le notaire, n'emporte pas nécessairement la preuve d'une réponse faite par celui-ci (1).

Cependant on admet que la preuve de la réponse du testateur à l'interpellation du notaire peut ressortir du contexte de l'acte, si la rédaction est telle qu'il en résulte une corrélation non équivoque entre l'interpellation de signer faite par le notaire, et la mention du défaut de signature se produisant indubitablement après la réponse faite par le testateur à l'interpellation du notaire (2).

Le principe est donc que la déclaration doit être faite par le testateur et la jurisprudence l'a admis (3).

« L'affirmation personnelle du notaire que le testateur après avoir déclaré qu'il pouvait signer, en a été empêché par son état de faiblesse... » n'est pas suffisante, et il faut

1. Limoges, 17 juin 1808. — Latour, S. et P. chr. — 4 décembre 1821. *Id.* — Bordeaux, 17 juillet 1845. S. 46. 2. 440. — Nîmes, 7 novembre 1898. D. 99. 2. 287. — Aubry et Rau, t. VII, § 670. — Laurent, t. XIII, n° 392. — Sens contraire : Toullier, t. V, n° 438 et Coin-Delisle, art. 973.

2. Ainsi, mentionner que le testateur a fait sa marque pour ne savoir écrire ni signer de ce requis suivant la loi, équivaut à la mention expresse de la déclaration par le testateur de ne savoir signer. Colmar, 13 novembre 1813. — Bayle-Mouillard, t. II, n° 242 *bis*. — Demolombe, t. XXI, n° 310.

3. Trêves, 18 novembre 1812. P. chr., 1812. — Toulouse, 5 avril 1821. S. 23. 2. 68. — Limoges, 4 décembre 1821. S. 22. 2. 267. — Cas., 5 avril 1825. S. 26. 1. 71. — 3 décembre 1850. S. 51. 1. 86. — Bordeaux, 17 juillet 1845. S. 46. 2. 440. — Nîmes, 7 novembre 1898. S. 1900. 2. 142.

que la déclaration de l'empêchement et des causes de l'empêchement émanent du testateur lui-même (1).

Il est inutile de rappeler d'autres arrêts, tous sont en ce sens (2).

Donc sur ce point : déclaration du testateur sans mention d'interpellation du notaire, laquelle seule est insuffisante, et même, s'il y est répondu, dangereuse par la rédaction de la mention.

Le testateur ne signe pas par ignorance. — Ne pas savoir signer, c'est ne pas savoir tracer les lettres dont son nom est composé.

Nous avons vu que le testateur qui ne sait pas signer doit le déclarer.

Ici deux questions se posent :

La mention de la cause est-elle exigée ?

Dans la mention de la déclaration de ne savoir signer les mots « ne savoir signer » sont-ils sacramentels ?

1° *La mention de la cause est-elle exigée ?* — Il nous semble inutile de mentionner la cause qui empêche de signer ; elle est comprise dans les mots « ne pas savoir » qui énoncent l'empêchement et la cause (3).

1. Cass. Chambre civile, 15 avril 1835, Dalloz, *J. G.*, Disp. entre vifs et test., n° 3084-3.

2. Voir notamment Dalloz, *J. G.*, Disp., les arrêts rappelés sous les n°s 3070 et suiv.

3. Bruxelles, 17 février 1832. Pasirisie, 1832, p. 50. — Saintespès-Lescot, Laurent, *op. cit.*

2° L'expression « ne savoir signer » est-elle sacramentelle? — La Cour de cassation, 23 décembre 1861, a déclaré que la mention, dans un testament notarié, que le testateur ne savait pas signer, n'était point assujettie à l'emploi de termes sacramentels.

Une grave controverse (1), aujourd'hui tranchée à notre sens, s'était élevée dans la doctrine au sujet des équipollences, et nous tiendrons pour constant que bien que n'étant pas sacramentelle, l'expression « signer » doit être considérée comme telle ; aucune autre expression n'en rendant le sens complet, à moins d'user de circonlocutions et de périphrases.

Cependant la jurisprudence admet l'équipollence, à condition qu'elle soit parfaite et qu'il résulte des énonciations du testament que le testateur ne savait vraiment pas signer (2).

1. Suivant certains auteurs : Merlin, Toullier, Coin-Delisle, Vazeilles, Bayle-Mouillard, Planiol. Il y a équipollence entre savoir signer et savoir écrire, car il faut voir, dit Laurent, le sens de la déclaration dans la bouche du testateur ; or, dans le sens courant, ne pas savoir écrire, c'est être illettré, et qui est illettré ne sait pas tracer les lettres de son nom ; suivant d'autres : Demolombe, Duranton, Delvincourt, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Colin, qui sait signer peut ne pas savoir écrire, donc il n'y a pas équipollence.

2. Ainsi interpellée, la testatrice a déclaré qu'elle ne l'a pas su. Bruxelles, 27 février 1832 ; ainsi, qu'il ne savait pas bien et ne pouvait signer. Cass., 4 juin 1855 ; ainsi, ne savoir écrire. Liège, 24 novembre 1806. — Bruxelles, 9 décembre 1815. — Bourges, 20 novembre 1816. — La Haye, 30 mai 1821 ; ainsi, lorsque le testateur appose une croix ou une marque quelconque au bas de l'acte au lieu de signature. Cass., 11 juillet 1816 ; ainsi « ne savoir écrire pour ne l'avoir appris ». Liège, 22 avril 1813 ; ainsi qu'il ne savait ni lire ni écrire. Cass., 23 décembre 1861.

Quoi qu'il en soit, ce sera toujours une affaire d'appréciation que de savoir, en fait, et non en droit, s'il y a équipollence, et le notaire fera mieux de s'en tenir à notre avis et de considérer comme sacramentelle l'expression « ne pas savoir signer », surtout s'il mentionne qu'il a demandé au testateur s'il savait signer, car alors il serait déclaré responsable de la nullité du testament pour ne pas avoir employé une expression équipollente, et le testateur, interpellé sur le point de savoir s'il savait écrire, aura pu répondre négativement, alors que, en réalité, il ne sait pas écrire, mais qu'il sait signer.

Le testateur ne signe pas par impossibilité. — Cette déclaration comme celle de ne savoir signer est essentielle; comme la précédente déclaration elle remplace la signature, et le testament devra fournir, par une mention expresse, la preuve que cette déclaration a été faite.

Les mêmes questions se posent ici que pour la précédente mention « ne pas savoir signer ». Nous avons vu tout à l'heure que l'expression « ne pas savoir signer » contenait implicitement la cause: ici il n'en est pas de même et l'expression « ne pas pouvoir signer » n'indique aucune cause empêchant le testateur de signer, et indiquer l'une sans l'autre serait une cause de nullité du testament (1).

La cause de l'impossibilité de signer devra donc être énoncée dans le testament, nous disons énoncée et non

1. Dalloz, *J. G.*, n^{os} 3080 et suiv.

déclarée, car l'article 973 ne dit pas qu'il faille que cette mention de la cause ait été déclarée par le testateur, il se contente de dire qu'elle doit être indiquée dans l'acte et ce ne serait pas, à notre avis, une cause de nullité du testament, que de mentionner que cette cause n'a pas été déclarée par le testateur : il suffit qu'elle émane du notaire.

Le notaire peut d'ailleurs se rendre parfaitement compte de l'impossibilité physique du testateur de signer : paralysie, tremblements..., la majorité des auteurs est en ce sens 1).

De même la question se pose de savoir si l'expression « ne pas pouvoir signer » est sacramentelle.

Nous appliquerons ici la solution que nous venons de donner précédemment, à savoir que : bien que non sacramentelle, le notaire fera bien de considérer l'expression « ne pas pouvoir signer » comme sacramentelle, car s'il est bien entendu que la cause exprimée clairement soit suffisante, ou bien que l'énonciation résulte de la mention de cette impossibilité combinée avec d'autres énonciations de l'acte, il n'en reste pas moins constant que cette question d'appréciation d'équipollence est toujours aléatoire, et que le rôle du notaire, n'est pas de faire établir de la jurisprudence aux dépens de ses clients, même si, comme

1. Laurent, t. XIII, n° 364. — Marcadé, art. 273, n° 2. — Demante et Colmet de Santerre, 2^e édit., t. IV, n° 118. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2088. — Cass., 10 décembre 1861. — Nîmes, 22 avril 1903. Défresnois, 1905, n° 13501. — Cass., 12 février 1879. S. 79. 1. 121. — Sens contraire, Demolombe, t. XXI, n° 308. — Aubry et Rau, t. LXXV, § 670, n° 86. — Planiol, n° 2706.

dans le cas qui nous occupe, la jurisprudence se montre très large (1).

Le notaire juge la signature insuffisante. — Il peut se présenter des cas où le notaire ne trouve pas la signature suffisante, que faire?

Le testament est signé cependant. Le notaire devra faire ensuite des signatures, une déclaration par le testateur, que le notaire lui ayant demandé s'il ne pouvait mieux signer, le testateur a déclaré en présence des témoins ne pouvoir mieux signer, attendu... et il fera mention de la lecture de cette mention au testateur, en présence des témoins qui signeront seuls.

Il en sera de même si le testateur commence de signer et ne peut achever sa signature, ou bien s'il signe le testament, mais n'a pas la force de parapher un renvoi ou la mention des mots nuls; le notaire fera la même déclaration: que le testateur a essayé de signer, mais que, par suite de faiblesse, par exemple, il n'a pu achever sa signature ou signer tels ou tels renvois; ainsi, la déclaration que le testateur après avoir signé le testament a éprouvé un tremblement qui ne lui a pas permis de parapher un renvoi, équivaut au paraphe de ce renvoi, comme elle équivaldrait à la signature même du testament (2).

1. Montpellier, 3 juin 1833, Dalloz, *J. G. Disp.* 3085-1°. — Paris, 24 août 1834, *Id.*, 3085-2°. — Cass., 10 décembre 1861, D. 62. 1. 38. — Nîmes, 22 avril 1903, *B. des not.*, 14 septembre 1904.

2. Req. cass., 30 juillet 1856, D. 57. 1. 92.

Donc, de toute façon, le testament sera valable, que la signature soit jugée suffisante ou non, la mention en tenant lieu.

Déclaration fausse. — L'on s'est demandé si, en cas de fausse déclaration du testateur de ne pouvoir ou de ne savoir signer, le notaire était responsable.

Il nous semble que le notaire ne peut en aucun cas être déclaré responsable, il est le rédacteur des dires du testateur, et il n'a pas à vérifier si le testateur peut ou ne peut pas signer, veut ou ne veut pas signer. Dès lors la nullité provenant d'une déclaration mensongère, à laquelle il est étranger, ne peut en rien engager sa responsabilité (1).

Cependant, si le notaire sait pertinemment que le testateur sait signer, pour avoir signé des actes en son étude, et déclare ne pas savoir le faire, le notaire, selon nous, fera bien de signaler au testateur que pourtant il a déjà signé des actes authentiques, alors le testateur ou bien signera, ou bien déclarera qu'il a su, mais ne sait plus, qu'il a pu ou ne peut plus signer, et le notaire fera mention du tout, en donnera lecture au testateur en présence des témoins, qui seuls signeront ; mais nous le répétons, dans un cas comme dans l'autre, la responsabilité du notaire n'est pas engagée.

1. En ce sens : Saintespès-Lescot, n° 1081 et Lyon, 16 août 1861.

Présence des témoins. — La signature du testateur doit être apposée en présence des témoins, ceux-ci devant être présents à la réception de l'acte, et la signature étant une partie de l'acte ; il en est de même de la déclaration faite par le testateur de ne pouvoir ou de ne savoir signer (1).

Bien que la présence réelle des témoins à la signature du testateur, ou à la déclaration de ne pouvoir ou de ne savoir signer, soit une condition essentielle dont dépend la validité de l'acte, il n'est pas nécessaire que l'acte en contienne la mention expresse ; il suffira donc que l'accomplissement de cette formalité résulte de l'ensemble des dispositions de l'acte (2), sans qu'il y ait besoin de mention expresse.

En effet, l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI prescrit cette mention pour la signature, mais le Code civil article 973, dérogeant à la loi de ventôse, n'en parle pas : donc pas de mention et pour défaut pas de nullité, car pas de nullité sans texte.

Lecture de la mention d'impossibilité de signer. — Une vive controverse s'est élevée à ce sujet : le notaire doit-il donner lecture au testateur en présence des témoins, conformément à l'article 972 du Code civil, de la mention de ne pouvoir signer ?

1. Dalloz, *J. G.*, Disp. 3024.

2. Req., 2 mai 1836, Dalloz, *J. G.*, Disp. 3121. — Dijon, 2 mars 1853. D. 53. 2. 66. — Poitiers, 5 déc. 1854. D. 55. 5. 437. — Angers, 3 janvier 1855. D. 55. 2. 240. — Même sens : Laurent, t. XIII, n° 373. — Demolombe, t. XXI, n° 316.

Ou bien l'article 973 du Code civil doit-il être isolé de l'article 972?

Cette question s'est présentée ainsi, dit Troplong (1), à qui nous laissons la parole :

Le testament d'un sieur Picard se terminait ainsi : et le testateur a signé avec lesdits quatre témoins et le notaire, après une lecture entière des présentes et nouvelles.

Ici, le testateur ayant déclaré qu'il pourrait encore signer, audit notaire en présence des quatre témoins, a fait d'inutiles efforts pour y arriver et à leur vue, enfin, a déclaré que l'état de faiblesse et de fièvre où il était en ce moment l'empêchait absolument de pouvoir signer, de ce interpellé par ledit notaire en présence des quatre témoins ; quant auxdits quatre témoins et au notaire, ils ont tous signé après une nouvelle et entière lecture de tout ce qui précède.

Ce testament fut attaqué par la veuve du testateur, qui soutenait qu'en droit il y avait nullité dans l'acte, en ce que le notaire n'avait pas mentionné avoir donné lecture, au testateur, en présence des témoins, de la déclaration relative à l'impossibilité de signer ses dispositions.

Le tribunal de Sainte-Menehould rejeta la demande en nullité, mais la Cour de Paris sur appel rendit l'arrêt suivant :

La Cour :

Considérant que le testament du 3 décembre 1848, ne constate

1. *Donation et test.*, t. III, art. 973, n° 1591.

pas qu'il a été donné lecture au testateur, en présence des témoins, de la déclaration par lui faite que son état de fièvre et de faiblesse l'empêchait de signer l'acte ;

Que d'un autre côté, il résulte des faits de la cause, qu'après d'inutiles efforts pour signer, le testateur est tombé en syncope, que son état s'est aggravé et qu'il est mort quelques heures après ;

Que c'est surtout, lorsqu'il s'agit d'un testament *in extremis*, qu'il convient de se conformer scrupuleusement aux formalités édictées par la sagesse du législateur, dans le but de prévenir des erreurs et des surprises, de donner à la société... ;

Considérant que l'article 973 du Code de Napoléon n'a pas cru devoir s'en rapporter au témoignage seul du notaire, pour expliquer l'absence de la signature du testateur, qu'il a expressément voulu que ce soit le testateur, lui-même, qui déclare qu'il ne sait ou ne peut signer.

Il serait possible, en effet, que le notaire fût trompé par les apparences, et qu'il attribuât, à une impossibilité purement physique, ce qui serait la conséquence d'un défaut de volonté ;

Que dans les moments qui touchent à l'agonie et lorsque l'état du malade subit de brusques changements, l'intelligence peut à chaque instant s'éteindre et la connaissance cesser de persister ;

Qu'il est certain en droit, que si le malade vient à être abandonné par ses facultés mentales avant de signer, le testament reste imparfait ;

Que c'est pour s'assurer de la persistance de la volonté jusqu'à la fin de l'acte, que l'article 973 a établi que ce serait le disposant lui-même qui déclarerait que s'il ne signe pas, c'est seulement parce qu'il ne peut pas accomplir cette formalité matérielle ;

Que cette déclaration est nécessaire pour imprimer à ces dernières dispositions le sceau de la certitude ;

Considérant que dans la matière de testament, différente sous ce rapport de la matière des contrats, les déclarations du testateur *ne font foi qu'autant qu'elles lui ont été lues par le notaire en présence des témoins, et qu'il ne les a pas contredites* ;

Que cette preuve a été jugée indispensable par l'article 972, pour préserver la rédaction de toute méprise et mettre l'autorité du testament au-dessus de tous les doutes ;

Qu'il n'y a pas d'exception à cette règle pour la déclaration du testateur de ne pouvoir signer, que cette déclaration fait partie du testament, qu'elle est le dernier mot du testateur et la confirmation persévérante et définitive de tout ce qu'il a voulu, qu'il est de la plus haute importance que l'acte établisse par une preuve irrécusable que le notaire n'a pas été trompé... ;

Que vainement voudrait-on arriver à une conclusion contraire, en isolant l'article 973 de l'article 972, mais que ces deux articles doivent s'interpréter l'un par l'autre, non seulement parce que telle est la règle générale de l'interprétation des lois (L. 24, D. *de legibus*), mais encore parce qu'ils se lient ensemble par leur objet et par leur relation à un même ordre de formalité ;

Que, d'une part, l'article 973 exige que la déclaration de ne pouvoir signer soit mentionnée dans l'acte ;

Que, d'autre part, cet acte étant un testament, c'est-à-dire un acte *sui generis* et qui a des caractères spéciaux, n'est valable, d'après l'article 972, qu'autant que son contenu a été lu au testateur en présence des témoins ; qu'il est clair dès lors que l'article 973 n'avait pas besoin de parler de nouveau de la lecture ; que c'eût été une répétition inutile ; que, puisque la déclaration de ne pouvoir signer doit sortir de la bouche du testateur

et qu'elle fait partie de la dictée, elle doit aussi subir le contrôle de la lecture, d'après l'article 972, auquel se rattache l'article 973, étroitement et nécessairement par son renvoi à l'acte même dont l'article 972 a tracé les formalités substantielles ;

Qu'ainsi la lettre et l'esprit de la loi sont d'accord, pour établir que le testament de Jean-Ambroise Picart manque d'une des formalités édictées, à peine de nullité, par les articles 972, 973 1001 du Code Napoléon.. :

Met l'appellation et ce dont fait appel au néant...

Sur cassation cet arrêt fut cassé (1) sur ce que, contrairement aux appréciations de cet arrêt, le testament constatait suffisamment en fait que la lecture avait été donnée au testateur de la déclaration par lui faite, de son impossibilité de signer.

Cette théorie de Troplong fut victorieusement combattue par Marcadé :

L'arrêt du 14 juillet 1851 ajoute ainsi arbitrairement et indument deux nouvelles formalités et partant deux nouvelles causes de nullité aux formalités exigées par la loi ; sous prétexte d'interpréter et d'appliquer la loi, il arrive à la refaire, l'argumentation par laquelle il s'efforce de trouver un point d'appui, soit dans le texte, soit dans l'esprit de la loi est fautive de tous points, et, aussi clairement contraire à l'esprit de la loi qu'à son texte, le système enfin de l'arrêt est si bien dans l'erreur, qu'il arrive à l'absurde et en vient à faire du testament un acte absolument interminable d'une rédaction impossible à finir et tour-

1. 24 mai 1853, *Journal du Palais*, 1853, part. 2, n° 7.

nant dans un cercle éternel, en ce que sur le point en question, chaque nouvelle lecture exigeant une mention nouvelle dont il faudrait une lecture subséquente qui devrait être à son tour mentionnée, ou tournerait ainsi dans le cercle éternel et au delà.

Tel est également l'avis de la jurisprudence (1).

Le notaire n'aura donc pas à mentionner que lecture a été faite de ladite déclaration de ne pouvoir signer.

Où doit être placée la mention relative au défaut de signature. — L'on s'est demandé s'il n'y avait pas une place spéciale, pour la mention constatant l'ignorance ou l'impossibilité de signer du testateur ; le Code civil est muet à ce sujet, or, disent les auteurs et la jurisprudence, comme il ne peut s'agir de le compléter par les dispositions de la loi de ventôse sur un point qu'il a spécialement réglé, le notaire peut placer cette mention où bon lui semble, aussi bien dans le corps du testament, qu'à la fin des dispositions, pourvu qu'elles soient faites avant la clôture du testament (2).

Signature des témoins. — Le testament devra être signé

1. Montpellier, 3 juin 1853. D. 53. 2. 119. — Dijon, 2 mars 1853. D. 53. 2. 66. — Angers, 3 janvier 1855. D. 55. 2. 240. — Cass., 8 mai et 4 juin 1855. D. 55. 1. 167 et 386. — Angoulême, 1^{er} août 1881. *Revue du Not.*, t. XXIII, n° 6436. — Demolombe.

2. Cass., 18 août 1817, 10 mars 1824. S. chr. D. Rép. V° Disp., n° 3088. — Laurent, t. XIII, n° 373. — Aubry et Rau, t. VII, p. 133, § 670, 87. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2092.

par les témoins et néanmoins dans les campagnes il suffira qu'un des deux témoins signe si le testament est reçu par deux notaires et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire (art. 974).

Tout ce que nous avons dit de la signature du testateur s'applique à la signature des témoins et nous ne nous répéterons donc pas.

En principe donc, tous les témoins doivent signer le testament, leur signature se composant des mêmes éléments que celle du testateur, et leur apposition devant être effectuée dans les mêmes conditions (1); cependant la difficulté de trouver dans les campagnes des individus sachant signer, a porté la loi à introduire une exception, la moitié des témoins doit savoir signer, bien que tous doivent signer s'ils le savent.

La difficulté vient de ce qu'ils faut entendre par campagne.

Le Tribunalat avait proposé d'appeler campagne toute localité de moins de mille âmes, le Code civil n'ayant pas admis cette proposition, il appartient aux tribunaux de décider, dans chaque cas particulier, si l'on était ou non à la campagne.

Pour la résoudre, le tribunal tiendra compte de la population et surtout du nombre d'habitants sachant signer, de la facilité de communication avec le bourg voisin, de

1. Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, n° 2097. — Cass., 4 mai 1841. S. 41. 1. 442. — Aix, 16 février 1871. D. 72. 2. 52.

l'existence de commerçants, du nombre de marchés, s'il y a des notaires, des avocats, des médecins... (1).

Le notaire fera bien de se méfier, c'est une question de fait souverainement jugée par le tribunal du fond, et la responsabilité du notaire n'est, à notre avis, jamais à couvrir, à moins qu'il ne s'agisse d'une ferme isolée où il est instrumenté, et encore faudra-t-il que le notaire mentionne que, vu l'urgence, et malgré toutes ses recherches, il ne lui a pas été possible de trouver des témoins sachant signer.

Les témoins devront signer en présence du testateur, bien que l'article 974 ne le dise point (2).

Lorsqu'un témoin ne saura pas signer, il sera bon, bien que non obligatoire, aucun texte ne le disant, qu'il en fasse la déclaration, et que le notaire mentionne cette déclaration ; ce sera le seul moyen de prouver que le témoin a bien assisté à la réception du testament.

Signature du notaire. — Le testament devra encore être signé du notaire aux termes de l'article 14 de la loi

1. Cass., 8 mars 1815. D. Disp. 3113. — 10 mars 1819. *Id.* — De même Berthonet, Grenier, Bayle-Mouillard, Poujol, article 974. — Coin-Delisle, Troplong, Saintespès-Lescot, t. IV. — Demolombe, article 974. — Toullier, Duranton, Marcadé Demante, Colmet de Santerre, Massé et Vergé, Aubry et Rau, Laurent, Ruttgeerts et Amiaud, Planiol, Baudry-Lacantinerie, Huc.

2. Riom, 5 mars 1873. — Cass., 1^{er} juillet 1874. S. 74. 1. 465. — Demolombe, *Don.*, IV, 327. — Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, p. 110. — Aubry et Rau, VII, n° 234.

La jurisprudence est en ce sens. Voir les arrêts cités par Fuzier-Hermann et Dalloz, p. G., Disp. entre vifs et testament.

du 25 ventôse an XI, et mention n'a pas à être faite de cette signature (la loi de ventôse exige cette mention, mais un avis du Conseil d'État du 20 juin 1810, approuvé par l'Empereur, et ayant force de loi, décide que la nullité ne saurait être entraînée par suite de ce défaut de mention ; néanmoins il sera plus prudent de la mentionner... : ont signé avec le notaire. Le mieux est toujours d'employer les formules usuelles ayant fait leurs preuves.

Le notaire devra signer en présence du testateur et des témoins, cela résulte de l'article 971.

Le testament n'est reçu que lorsque le notaire l'a signé, et si le testateur décédait avant la signature par le notaire après la signature par les témoins, le testament serait nul et le notaire devrait mettre une mention constatant que : au moment où lui, notaire, allait apposer sa signature, le testateur étant décédé ou étant tombé en syncope et par conséquent n'ayant pu assister jusqu'à la fin à la confection du testateur, lui, notaire, n'a pas signé et a dressé le présent procès-verbal qu'il a signé seul avec les témoins après lecture faite.

Nous ne pensons pas qu'il se trouve un notaire pour apposer sa signature dans ces conditions.

S'il le faisait, son acte serait blâmable, et si la preuve en était faite, la nullité du testament serait prononcée et sa responsabilité à tous égards serait inévitable.

APPENDICE

RESPONSABILITÉ DU NOTAIRE EN SECOND

Le notaire en second est celui qui concourt avec le notaire instrumentaire à la réception d'un acte et le contresigne (loi de ventôse, art. 9).

Depuis la loi du 12 août 1902, la présence du notaire en second est exigée pour trois catégories d'actes au nombre desquels le testament.

Le notaire en second, nous l'avons vu, remplace deux témoins : toutes les règles relatives aux témoins lui sont donc applicables.

Le notaire en second doit avoir le droit d'instrumenter dans le lieu où se passe l'acte.

Il ne devra être ni parent ni allié du notaire en premier, en ligne directe jusqu'à l'infini, et en collatérale jusqu'au troisième degré exclusivement, à peine de nullité.

Il ne devra pas être intéressé à l'acte, ni concourir au testament d'un de ses parents ou alliés.

Le notaire en second doit exercer un contrôle sur l'acte qu'il contresigne. Il reçoit le testament au même titre que le notaire en premier, et, l'un comme l'autre, au même

titre, sont responsables des nullités du testament et de tous dommages et intérêts aux légataires frustrés (1).

La question de responsabilité du notaire en second ne se pose plus depuis la loi de 1902 : il n'y a que deux notaires et non plus un notaire en premier et un notaire en second : un qui écrira si l'on veut et l'autre contrôlera, vérifiera, signalera à son confrère l'omission qu'il aurait pu faire d'une des conditions essentielles à la validité de l'acte, et s'il signe sans regarder, si par inadvertance il laisse subsister une irrégularité manifeste, que son contrôle pouvait faire disparaître, il sera responsable avec le notaire rédacteur et au même titre (2).

Il en sera de même du notaire substituant, qu'il substitue le notaire rédacteur ou le notaire en second, de même encore du notaire commis.

1. Bordeaux, 8 mai 1860. D. 60. 2. 129. Un testament fut annulé, un témoin s'étant absenté, les deux notaires furent condamnés conjointement.

2. Duvergier, Favart de Langlade, Toullier, Drion, *Traité du notaire en second*, p. 93 et 110. — Labbé, Cass., 18 juin 1872. — Grenoble, 28 juillet 1865. — Lyon, 13 avril 1867. — Amiaud.

Vu : Le Président de la thèse,
BEAUREGARD

Vu : le Doyen,
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français.
- AMIAUD. — Traité formulaire général du notariat.
- AVIGNON. — Des Origines du notariat et de la responsabilité des notaires envers leurs clients.
- AUGAN. — Cours de notariat.
- BACHELEZ. — Responsabilité civile des notaires.
- BAUBY. — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile des notaires.
- BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — Précis de droit civil. Traité de droit civil. Traité des donations et testaments.
- BELLANGER (René). — De la Responsabilité des notaires.
- CLERC. — Formulaire général du notariat.
- COIN-DELISLE. — Commentaire du titre des donations et testaments.
- DÉFRESNOIS. — Traité partique et formulaire général du notariat. Traité et formulaire en regard des testaments authentiques, mystiques, olographes.
- COLMET DE SANTERRE.
- COLLAS. — La Liberté de tester.
- DELSOL. — Explication élémentaire du Code civil.
- DEMANTE et COLMET de SANTERRE. — Cours analytique de Code civil.
- DEMOLOMBE. — Code Napoléon, cours. Dictionnaire du notariat.
- DROUART. — De la Responsabilité des notaires.
- DRION.
- DURANTON. — Cours de droit civil français.
- ELOY. — Traité de la responsabilité des notaires et de la discipline notariale. Paris, 1873.
- EDMOND. — Responsabilité civile des notaires, 1892.
- ERNOUT. — De la Responsabilité des notaires dans les placements hypothécaires. Caen, 1889.
- FAVART DE LANGLADE. — Répertoire de la nouvelle législation civile,

commerciale, administrative. Répertoire de la législation du notariat.

FERRIÈRE (Claude DE). — La Science parfaite des notaires ou le parfait notaire. Dictionnaire du droit et de pratique. Paris, 1768,

FOUBENÉ. — De la Responsabilité civile des notaires en droit français. Bordeaux, 1878.

FUZIER-HERMANN. — Code civil annoté.

GAGNERAUX. — Commentaire de la loi de ventôse. Encyclopédie des lois et règlements sur le notariat.

GRENIER. — Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites.

HUC. — Commentaire théorique et pratique du Code civil.

LAURET et DIDIO. — Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement.

LAURENT. — Principes de droit civil français.

LEDRU. — La Clef du notariat.

LEFEBRE. — Manuel et formulaire du testament.

LORET. — Eléments de science notariale.

MARCADÉ et PONT. — Explications du Code civil

MASSÉ. — Parfait notaire

MERLIN. — Recueil alphabétique des questions de droit. Répertoire universel. Testaments.

MICHA. — De la Responsabilité des notaires. Bruxelles, 1883.

MICHAUX. — Formules de testaments notariés, olographes, mystiques et autres. Traité pratique de testaments notariés, mystiques et des actes qui en sont la conséquence.

MOURLON. — Répétition écrite sur le Code Napoléon.

MOURLON et JEANNEST-SAINT-HILAIRE. — Formulaire général à l'usage des notaires, juges de paix, avoués, huissiers, greffiers, officiers de l'état civil.

PAGÈS. — De la Responsabilité des notaires.

PLANIOL. — Traité élémentaire de Droit civil.

PONT. — Dissertation sur la responsabilité des notaires en matière de mandat.

POTHIER. — Traité des donations et testaments.

POUJOL. — Traité des donations entre vifs et testaments.

RICART. — Traité des donations.

RIVIÈRE. — Donations et testaments.

ROLLAND DE VILLARGUES. — Code du notariat. Répertoire de la jurisprudence du notariat.

RUTTGEERTS et AMIAUD. — Commentaire sur la loi de ventôse.

SAINTELETTE. — De la Responsabilité et de la garantie.

SAINTESPÈS-LESCOT. — Des Donations entre vifs et testaments.

SAINT-PAUL (DE). — Réforme du notariat.

SOLOIN. — Théorie de la nullité des actes et des conventions de tous genres en matière civile.

SOURDAT. — Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats.

STÉVENART. — Principe de la responsabilité civile des notaires. Bruxelles, 1890.

TAULIER. — Théorie raisonnée du Code civil.

TOULLIER et DUVERGIER. — Droit civil français.

TROPLONG. — Des Donations entre vifs et testaments.

VAZEILLES. — Résumé et conférences des commentaires du Code civil sur les successions, donations et testaments.

VERGÉ. — De la Responsabilité des notaires (formulaire d'Édouard Clerc).

TRÉCA. — Thèse, 1903.

VIGIÉ. — Cours élémentaire de droit civil français.

VINCENT. — Thèse, 1903.

ZACHARIE, MASSÉ et VERGÉ. — Droit civil français.

Journal du notariat.

Journal des notaires et avocats.

Journal du Palais.

Journal des notaires et des avocats.

Gazette des clercs de notaire.

Revue nouvelle de notariat.

Journal des économistes.

Le Droit.

Pandectes françaises périodiques.

Recueil de l'Académie de Toulouse.

Répertoire périodique Défresnois.

Revue critique.

Revue historique.

Revue pratique.

Revue du notariat et de l'enregistrement.

Dalloz.

Sirey.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Idée générale de la responsabilité des notaires.	5
Doctrine	9
Jurisprudence	22
Étendue de la responsabilité	27
Conclusion.	28

PREMIERE PARTIE

DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVEMENT A LA CAPACITÉ ET A LA COMPÉTENCE DU NOTAIRE

CHAPITRE PREMIER. — De la responsabilité relativement à la capacité et à la compétence du notaire.	31
CHAPITRE II. — De la responsabilité relativement à la capacité du testateur.	42
CHAPITRE III. — De la responsabilité relativement à la capacité des témoins.	48

DEUXIEME PARTIE

DE LA RESPONSABILITÉ RELATIVEMENT AUX SOLENNITÉS

CHAPITRE PREMIER. — Formalités prescrites par la loi de ventôse.	91
CHAPITRE II. — Formalités spécialement prescrites par le Code civil.	115
APPENDICE. — De la responsabilité du notaire en second	200
BIBLIOGRAPHIE	203

